

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



**CONCURRENCIA DE TITULARES SOBRE LA
CREACIÓN INTELECTUAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Ruth Navarro Costa

Bajo la dirección del doctor:
Manuel Cuadrado Iglesias

Madrid, 1994

Rd. 104.657



5306338635

TE
887

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

Concurrencia de titulares sobre la creación intelectual

Depósito



FACULTAD DE DERECHO
Biblioteca

Ej. para préstamo
y consulta en Sala
(001)



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Ruth Navarro Costa

1994

Tesis doctoral presentada por
Ruth Navarro Costa, realizada
bajo la dirección del Profesor
Dr. D. Manuel Cuadrado Iglesias.

Sumario

ABREVIATURAS.	11
INTRODUCCIÓN.	13
CAPITULO I. LAS OBRAS EN COLABORACIÓN.	31
1.- Ideas previas.	32
2.- Requisitos externos de la colaboración.	33
2.1.- La obra como resultado unitario.	33
2.2.- Colaboración de varios autores.	38
2.2.1.- Necesidad de una colaboración efectiva.	39
2.2.1.1.- El coordinador y los coautores.	45
2.2.1.2.- La idea creativa.	48
2.2.1.3.- Régimen jurídico de las entrevistas.	63
2.2.1.4.- La obra escrita por otro.	69
2.2.2.- Imposibilidad de aplicar a la cooperación de varias personas jurídicas el régimen de la obra en colaboración.	74
3.- Relaciones internas entre los coautores.	76
3.1.- Comunidad de derechos.	77
3.1.1.- Comunidad y sociedad.	83
3.1.2.- Prelación de fuentes.	90
3.2.- Disponibilidad de los coautores sobre el conjunto de la obra en colaboración.	95
3.2.1.- Vigencia del régimen de la colaboración en la obra <i>in itinere</i> .	96
3.2.2.- Necesidad de consentimiento unánime para la divulgación y modificación de la obra.	100
3.2.3.- Imposibilidad de rehusar injustificadamente su reedición, facultad de arrepentimiento del coautor y derecho de paternidad.	110
3.3.- Explotación separada de las aportaciones.	113
3.4.- Cuota de participación de los coautores.	120
3.4.1.- Capacidad de los coautores para determinar la cuota	

de participación.	122
3.4.2.- Derechos y deberes de los coautores.	125
4.- Duración de los derechos de explotación. Algunas notas sobre la sucesión <i>mortis causa</i> de los coautores.	128
 CAPITULO II. LAS OBRAS COLECTIVAS.	133
1.- Planteamiento general.	134
2.- Requisitos externos.	140
2.1.- Iniciativa y coordinación del promotor.	140
2.1.1.- La iniciativa creadora.	140
2.1.2.- La labor de coordinación.	154
2.2.- Su edición y publicación / divulgación.	166
2.2.1.- Editabilidad de las obras plásticas.	174
2.2.2.- Editabilidad de las obras informáticas.	181
2.2.3.- Editabilidad de las obras arquitectónicas.	182
2.2.4.- ¿Pueden ser obras colectivas las exposiciones?	186
2.3.- Los autores de las contribuciones.	191
2.3.1.- Capacidad necesaria de los autores.	192
2.3.2.- Pluralidad de los mismos.	194
2.3.3.- Los autores de contribuciones accesorias: inexistencia del principio de la igualdad entre los autores.	196
2.4.- Las contribuciones.	197
2.4.1.- Necesidad de que las contribuciones constituyan verdaderas creaciones.	197
2.4.2.- Las contribuciones deben ser concebidas para formar parte de la obra colectiva.	199
2.5.- El conjunto de la obra ha de ser una creación única y autónoma.	201
2.6.- Imposibilidad de atribuir a cada uno de los autores derechos indivisos sobre el conjunto de la obra.	205
3.- Régimen jurídico.	208
3.1.- Los contratos de creación de obra colectiva.	208
3.1.1.- La forma en el contrato de creación.	209

3.1.2.- Contenido del contrato de creación.	210
3.2.- Régimen dispositivo.	216
3.2.1.- Derechos sobre el conjunto de la obra colectiva.	218
3.2.1.1.- Derechos del promotor sobre la totalidad de la obra.	218
3.2.1.1.1.- Adquisición <i>ab initio</i> de la titularidad por el promotor y posibilidad de pacto en contrario.	218
3.2.1.1.2.- Enumeración y descripción de los derechos del promotor.	221
3.2.1.2.- Derechos de los autores sobre la totalidad de la obra.	230
3.2.1.2.1.- Derechos patrimoniales.	230
3.2.1.2.2.- Derechos morales.	231
3.2.2.-Derechos sobre cada una de las aportaciones en concreto.	231
3.2.2.1.- Derechos del promotor.	231
3.2.2.2.- Derechos de los autores.	235
3.3.- Régimen convencional.	244
3.3.1.- Sujetos intervinientes.	244
3.3.2.- Contenido del pacto.	246
3.3.3.- Forma del pacto.	246
3.4.- Duración de los derechos de explotación.	247
3.4.1.- Cómputo separado de cada aportación.	248
3.4.2.- Reediciones actualizadas de la obra colectiva.	250
3.5.- Breve reseña acerca de la calificación jurídica de las obras cinematográficas.	251
 CAPITULO III. LAS OBRAS DERIVADAS.	 257
1.- Planteamiento general.	258
1.1.- Concepto de obra derivada. Terminología.	258
1.2.- El derecho de transformación y el derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra.	261

1.3.- Mera inspiración y obra derivada. ¿Cabe la obra derivada de distinto género o arte?	268
1.4.- Clases de obras derivadas.	273
1.4.1.- Traducciones.	275
1.4.2.- Adaptaciones.	282
1.4.3.- Revisiones, actualizaciones y anotaciones.	284
1.4.4.- Compendios, resúmenes o extractos.	286
1.4.5.- Arreglos musicales.	287
1.4.6.- Otras transformaciones. Especial consideración a las adaptaciones de programas de ordenador realizadas por el usuario y a la posibilidad de las producciones teatrales constituyan obras derivadas.	289
1.4.7.- Colecciones de obras ajenas y de otros elementos o datos.	294
2.- Requisitos externos.	296
2.1.- La obra preexistente.	296
2.1.2.- ¿Son obras derivadas los usos utilitarios de una obra subyacente?	301
2.1.3.- Obra preexistente en dominio público y colecciones de otros elementos que por su selección o disposición constituyan creaciones intelectuales.	301
2.1.3.1.- Las colecciones de música folclórica.	302
2.1.3.2.- Especial consideración de los bancos de datos.	305
2.2.- La necesaria autorización del autor de la obra subyacente.	311
2.2.1.- Forma.	312
2.2.2.- Capacidad de obrar del autor de la obra preexistente.	316
2.2.3.- Contenido. Autorización condicional.	316
2.2.4.- Revocación de la autorización.	322
2.3.- La obra nueva ha de tener un resultado original.	323
2.3.1.- Originalidad y creatividad.	323
2.3.2.- Originalidad, inspiración y plagio. El plagio involun-	

tario.	327
2.4.- La supuesta ausencia de participación del autor de la obra subyacente.	329
2.5.- Límites a la propiedad intelectual de la obra original.	330
2.5.1.- El derecho de cita.	330
2.5.2.- La parodia.	338
3.- Régimen jurídico.	344
3.1.- Aspectos económicos.	346
3.1.1.- Régimen dispositivo.	346
3.1.1.1.- Ambigüedad de las normas dispositivas.	346
3.1.1.2.- Interpretación restrictiva de la cesión. Dependencia de la obra derivada respecto de la obra original.	347
3.1.1.3.- ¿Existe cotitularidad entre el autor de la obra preexistente y el autor de la obra derivada sobre el conjunto de esta última?	358
3.1.1.4.- Derechos derivados de la explotación ilícita o no consentida de la obra.	364
3.1.2.- Régimen convencional.	366
3.1.2.1.- La remuneración al autor de la obra preexistente.	367
3.1.2.2.- Calificación del contrato de transformación como un negocio <i>intuitu personae</i> .	369
3.1.2.3.- Algunos aspectos sobre las transformaciones de las obras cinematográficas y de los programas de ordenador.	373
3.2.- Aspectos morales.	375
3.2.1.- Derechos morales del autor de la obra subyacente.	375
3.2.2.- Derechos morales del autor de la obra derivada.	380
3.3.- Duración de los derechos sobre la obra derivada y sobre la obra preexistente.	380

CAPITULO IV. ALGUNOS SUPUESTOS ESPECIALES DE COTITULARI-	
DAD SOBRE LA CREACIÓN INTELECTUAL.	387
1.- Planteamiento general.	388
2.- Autoría y comunidad conyugal.	394
3.- Los sucesores <i>mortis causa</i> del autor.	400
3.1.- Transmisión de las facultades morales.	401
3.2.- Transmisión de los derechos de explotación.	411
4.- El autor asalariado y la obra hecha por encargo.	424
4.1.- Las obras creadas por autor asalariado.	427
4.1.1.- Adquisición originaria del autor.	428
4.1.2.- Concurrencia del autor y del empresario sobre los derechos de explotación.	436
4.1.2.1.- Cesión legal.	436
4.1.2.1.1.- Presunciones legales: cesión en exclusiva y alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario.	437
4.1.2.1.2.- Ámbito temporal y espacial de la cesión.	439
4.1.2.1.3.- Otros problemas.	443
4.1.2.2.- Cesión convencional.	448
4.2.- La obra hecha por encargo.	449
5.- Relaciones entre el creador y el propietario del <i>corpus mechani-</i> <i>cum</i> .	455
5.1.- Restricciones al derecho de propiedad sobre el soporte de la obra de arte.	459
5.1.1.- Restricciones al <i>ius fruendi</i> .	460
5.1.2.- Restricciones al <i>ius mutandi et abutendi</i> .	460
5.1.3.- Restricciones al <i>ius disponendi</i> .	465
5.1.3.1.- El derecho de participación o <i>droit de suite</i> .	465
5.1.3.2.- Restricciones al derecho de disposición im- puestas por los derechos de tanteo y retracto para las enajenaciones de bienes declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General.	476

5.1.4.- Restricciones en la facultad de exclusión.	483
5.2.- Restricciones al derecho de propiedad intelectual del artista.	487
5.3.- Derechos del autor sobre el soporte abandonado de su obra.	488
5.4.- Un caso particular: los derechos del personaje retratado.	493
5.5.- Algunas notas sobre los epistolarios.	496
5.6.- Conflictos entre la propiedad material e intelectual sobre las obras arquitectónicas.	499
CONCLUSIONES.	505
BIBLIOGRAFÍA.	523

ABREVIATURAS

AC	<i>Actualidad Civil.</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil.</i>
AIC	<i>Análisis e Investigaciones Culturales (revista).</i>
A.S.C.A.P.	<i>American Society of Composers, Authors, and Publishers.</i>
BDA	<i>Boletín de Derecho de Autor.</i>
Bull. Cr. Soc'y.	<i>Bulletin, Corporation Society.</i>
BOE	<i>Boletín Oficial de Estado.</i>
CB	<i>Convenio de Berna.</i>
C.c.	<i>Código civil.</i>
CDDC	<i>Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos</i>
C. de Com.	<i>Código de comercio.</i>
CE	<i>Constitución española.</i>
C.p.	<i>Código penal.</i>
DdA	<i>Le Droit d'Auteur.</i>
ET	<i>Estatuto de los Trabajadores.</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais.</i>
Giust. civ.	<i>Giustizia Civile.</i>
JCP	<i>Juris Classeur Périodique.</i>
IDA	<i>Rivista Italiana dell Diritto di Autore.</i>
I.N.L.E.	<i>Instituto Nacional del Libro Español.</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento civil.</i>
Ley del P.H.E.	<i>Ley del Patrimonio Histórico Español.</i>
LPI	<i>Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.</i>
Nov. Rec.	<i>Novísima Recopilación.</i>
OMPI, WIPO	<i>Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.</i>
PJ	<i>Poder judicial.</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.</i>
RD	<i>Real Decreto.</i>
RDC	<i>Rivista di Diritto Civile.</i>
RD Comm.	<i>Rivista del Diritto Commerciale.</i>

<i>RD Ind.</i>	<i>Rivista del Diritto Industrialle.</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil.</i>
<i>RDN</i>	<i>Revista de Derecho Notarial.</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado.</i>
<i>REDT</i>	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo.</i>
<i>RGD</i>	<i>Revista General de Derecho.</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia.</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale du Droit d'Auteur.</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya.</i>
<i>RJE</i>	<i>Revista Jurídica Española «La Ley».</i>
<i>RLPI</i>	<i>Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual de 3 de septiembre de 1880.</i>
<i>RTDC</i>	<i>Revue Trimestrielle de Droit Civil.</i>
<i>RTD Comm.</i>	<i>Revue Trimestrelle de Droit Commercial.</i>
<i>SGAE</i>	<i>Sociedad General de Autores de España.</i>

Introducción

Bajo el título "*Concurrencia de titulares en la creación intelectual*" vamos a ocuparnos de las situaciones de cotitularidad o comunidad sobre el derecho de autor más sobresalientes. Esto es, como se pretende dar a entender con dicha rúbrica, trataremos aquellos supuestos en que varios titulares concurren sobre una misma creación intelectual.

En el presente trabajo no nos limitaremos a los supuestos en que los cotitulares tienen derechos cualitativamente iguales¹ (coautores, coherederos, del autor, ccesionarios...). Contemplaremos también aquellos supuestos en que los derechos de propiedad intelectual que ostentan los varios titulares sobre una misma obra del ingenio son cualitativamente distintos, como ocurre entre el autor de la obra originaria y el de la adaptación sobre una obra adaptada, los derechos de los autores de las aportaciones y el editor de la obra colectiva, el artista y el adquirente de la obra de arte, etc.

Trataremos, pues, un amplio elenco de supuestos los cuales difieren mucho entre sí. Esta situación, unida también a la propia amplitud del objeto

¹ BELTRAN DE HEREDIA afirma que la copropiedad es la comunidad aplicada al derecho de propiedad, entendiendo que la comunidad en sentido estricto sólo se da cuando los sujetos tienen titularidades cualitativamente iguales ("*La comunidad de bienes en el derecho español*", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 22 y ss.).

de la propiedad intelectual², nos obligará en ocasiones a ser muy casuísticos³. Por ello, para dichos casos emplearemos, a veces, un método inductivo, más acorde con la disparidad que existe entre las obras del ingenio y con la permanente evolución del derecho que nos ocupa, el cual ha de estar siempre preparado para la aparición de nuevos tipos de obras y soportes, nuevos medios técnicos auxiliares de la creación y nuevos canales de explotación de dichas obras intelectuales. De la infinidad de posibilidades que en la práctica se pueden plantear entre los sujetos y los objetos del derecho de autor, tomaremos en consideración las que, a nuestro juicio, son más importantes y que sirven de base a otros supuestos fácticos que, sin duda, pueden darse.

Los capítulos I, II y III que tratan respectivamente de las obras en colaboración, colectivas y derivadas constituyen la columna vertebral de nuestro trabajo, y se ocupan del estudio pormenorizado de las obras complejas. Los supuestos de pluralidad de autores constituyen los casos más patentes de cotitularidad sobre las creaciones intelectuales, pues dicha cotitularidad aparece *ab initio*, por el hecho mismo de la creación.

Las obras en colaboración se presentan como el supuesto de cotitularidad sobre la obra del intelecto humano por antonomasia. Cuando hablamos de concurrencia de titulares sobre una creación intelectual, en un primer momento siempre pensamos en aquellos supuestos de coautoría en los cuales las titularidades de los autores sobre la creación común son

² El art. 10 LPI dispone que "*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...*". Sigue este artículo la concepción dada por el nunca suficientemente elogiado art. 1.º del Reglamento de 1880, el cual ofrecía una acertadísima previsión de la protección futura a las creaciones del ingenio humano que los Tribunales podían aplicar en sus más justos términos literales.

³ ASCARELLI, observa que las mismas alusiones históricas demuestran que la historia legislativa de la determinación de las obras protegidas ha tenido lugar de un modo casuista, partiendo de determinadas obras y extendiéndose después a otras hasta adquirir carácter general, pudiéndose ver un procedimiento análogo en la historia de las diversas facultades de utilización ("*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*", trad. E. Verdera L. Suárez-Llanos, Ed. Bosch, Barcelona, 1970, pág. 630).

cualitativamente iguales. No en vano la propia LPI hace una remisión a "*las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes*".

En las *obras colectivas*, el campo de intersección de las titularidades de los sujetos intervinientes es mucho menor. *Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre*. Según la norma dispositiva, en principio, no habrá una situación de cotitularidad entre el editor-promotor y los autores de las aportaciones. Sin embargo esta primera aproximación debe ser matizada: de una parte, los autores conservarán ciertas facultades morales, si bien algo disminuidas con respecto a las facultades que ostentan los autores de otros tipos de obras; de otra, las titularidades compartidas se presentarán no sobre el conjunto de la obra colectiva realizada sino sobre cada una de las contribuciones singularmente consideradas. Así, p. e., en principio, el promotor no es libre de reutilizar dichas contribuciones o alguna de ellas para la elaboración de otra obra colectiva.

La cotitularidad sobre las *obras derivadas*, aunque en principio pudiera pensarse lo contrario, se muestra de modo patente: La obra derivada contiene elementos de la obra preexistente y de la obra nueva. De ahí que para poder ser lícitamente explotada sea necesaria la autorización del autor de la obra original. La obra derivada ya sea de forma material (como en las antologías) ya de forma intelectual (como en las adaptaciones) contiene elementos de la obra primigenia que no son libremente utilizables por el autor de la obra derivada, salvo que la obra original haya caído en el dominio público. A su vez, el autor de la obra original tampoco podrá explotar la obra nueva en tanto que no puede disponer de los nuevos elementos creados por el autor de la obra derivada. Para explotar la obra derivada es necesario el consentimiento de ambos autores en unos términos muy semejantes a los exigidos en las obras en colaboración.

El control del autor de la obra primitiva sobre la obra derivada se

manifiesta de modo especial en las obras derivadas de segunda generación. Así, el autor de una novela -obra original-, de la que deriva una obra dramática -obra derivada de primer grado-, podrá oponerse a que dicho drama sea llevado al cine, en tanto la obra cinematográfica contenga elementos de la obra originaria.

Finalmente, hemos dedicado el capítulo IV a supuestos variopintos que pueden dar lugar a situaciones en las que concorra el autor con titulares no autores. La multiformidad de estos casos hace que la cotitularidad no se presente solo sobre la obra del ingenio como bien inmaterial sino que, en ocasiones, dicha cotitularidad recaiga sobre el objeto material en el que dicha obra se materializa y que por ser un *opus unicum* se identifica con la propia creación intelectual. A pesar de la disparidad de los supuestos aquí planteados, este capítulo nos sirve como nexo de unión para todas las situaciones de cotitularidad.

Las titularidades que concurren sobre la creación intelectual pueden ser cualitativamente iguales (como en las obras en colaboración) o distintas. En ocasiones, incluso, un cotitular ostentará en exclusiva las facultades patrimoniales y otro -el autor o sus causahabientes- las facultades morales; en otras, serán las mismas facultades de explotación o algunas de sus modalidades las que estén divididas entre los distintos sujetos, en una situación análoga a la propiedad dividida por distintos aprovechamientos.

Siempre que aparezca una cesión -tanto si es o no exclusiva- de los derechos de autor habrá una situación de cotitularidad entre el cesionario y el creador de la obra. El autor conservará no sólo las facultades morales sino también aquellos derechos de explotación no cedidos y, en todo caso, las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión (art. 43, 5 LPI). Sin embargo, no nos vamos a ocupar

de estas situaciones de concurrencia de titulares derivadas del tráfico, sino únicamente de aquellos supuestos en los cuales la cotitularidad surge *ab initio*, en el momento de la creación. De ahí, que los únicos casos de cesión que estudiaremos sean los relativos a las obras creadas por autor asalariado y por encargo pero, en cambio, no tratemos las situaciones de cotitularidad derivadas de la cesión de los derechos de distribución (alquiler, préstamo y agotamiento del derecho).

La división del trabajo y su variante, el trabajo en equipo, han supuesto uno de los mayores aciertos para el desarrollo económico en la época contemporánea. Este fenómeno se ha extendido a todos los ámbitos profesionales incluido, por supuesto, el creativo. Con frecuencia, la creación ha dejado de ser ya solamente el resultado del trabajo aislado de un autor en solitario para convertirse, a su vez, en un producto *cuasi-industrial*. Esta evolución de la realidad creativa ha motivado que el legislador se haga eco de las nuevas exigencias que la pluralidad de autores necesita⁴.

La aparición de nuevas técnicas ha dado lugar al nacimiento de nuevos tipos de creaciones intelectuales que el legislador, en ocasiones, ha ido regulando sectorialmente en consideración a sus específicas particularidades; así, ciertas normas se ocupan en concreto de determinados aspectos de las obras cinematográficas y audiovisuales, de los programas de ordenador, las obras dramático-musicales,... Esta técnica legislativa causista pone de manifiesto las extraordinarias diferencias que existen entre los distintos géneros de creaciones intelectuales. Pero pretender reglar toda posibilidad creativa de forma particular sería un esfuerzo vano, cuanto más en materia

⁴ Se ha señalado como este movimiento no es solamente el resultado de las experiencias y la curiosidad de los artistas; ha coincidido, y no por azar, con la industrialización de la cultura. Las industrias no pueden satisfacerse con creaciones estrictamente individuales: quieren moldear productos, tienen necesidad de reescribir los textos, de retocar las ilustraciones, de adaptarse al gusto del público, de la puesta al día. Aquí está el porqué tienen ellos que favorecer la colaboración (¡a veces forzada!) entre los creadores (BEREMBOOM, A.: *"Le Droit d'auteur"*, Ed. Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1984, pág. 133).

de pluralidad de propietarios, dónde las permutaciones entre géneros de obras, yuxtaposiciones de los anteriores, modos de intervención de los coautores y de coordinación entre los mismos, son infinitas⁵.

Para poder incluir la prolífica casuística, las clasificaciones legales optan por regular las relaciones de los titulares entre sí⁶ y el modo en que la obra fue efectivamente creada. Por esta razón obras del mismo género aparecen bajo distintos regímenes jurídicos según hayan participado en ellas sus creadores (p. e., una canción podrá ser una *obra individual*, si el único autor ha creado letra y música; una *obra en colaboración*, si el compositor y libretista crearon conjuntamente la nueva canción; o una *obra compuesta*, si la música preexistía a la letra o viceversa).

El acierto de esta solución reside en que el Derecho no puede estar supeditado a los géneros y formas que pueda presentar una obra, sino a la forma en que ésta se gestó y a la participación que cada sujeto tuvo en la realización de la misma. Por ello, incluso aquellos tipos de obras con regulación específica, estarán también sujetos al régimen particular correspondiente a la forma en que participaron los distintos sujetos intervinientes. Así, un programa de ordenador podrá haber sido creado por un autor asalariado, en el seno de la colaboración, por iniciativa de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre (obra colectiva), etc. Únicamente, las obras cinematográficas han sido calificadas *ex lege* de obras en colaboración ("*en los términos del artículo 7.º*" preceptúa el art. 87 LPI) con un menosprecio absoluto por cómo fue efectivamente creada por los sujetos intervinientes.

⁵ Vid. el cuadro sinóptico que hace LOREDO HILL, dónde clasifica exhaustivamente las obras del espíritu desde diversos aspectos ("*Derecho autoral mexicano*", 2.ª edición, Ed. Jus, México, D.F., 1990, pág. 107), en base a éste, hacer un cálculo estimado de la multitud de combinaciones posibles.

⁶ Se ha señalado que el legislador español para poder cubrir la multitud de supuestos, atiende a una clasificación más bien estructural de las relaciones entre los sujetos, aunque se critica que su regulación desde esta óptica sea también realmente insuficiente (MIQUEL GONZALEZ, J. M.: "*Comentario al artículo 7.º*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 117).

Por esta razón, sólo hemos analizado pormenorizadamente aquellos aspectos puntuales de las obras cinematográficas y de los programas de ordenador que difieren del régimen general de los demás tipos de obras complejas, como ocurre p. e. con las adaptaciones de programas de ordenador creadas por el usuario. Cuando no presentan divergencia alguna, con el tipo de básico, pueden servirnos incluso de paradigma dentro del estudio del mismo.

Debemos advertir además que con respecto a los programas de ordenador en concreto, hemos preferido pecar por defecto que por exceso. Dada la complejidad de la ciencia informática, difícilmente asimilable por los imperitos en la materia y, dadas nuestras limitaciones sobre el tema, nos hemos abstenido de profundizar en ciertos problemas pues, al no comprender la amplitud del objeto del derecho, las respuestas jurídicas estarían mermadas⁷.

Las soluciones dadas por la nueva Ley no gozan de la claridad deseable en esta materia. Los artículos que se ocupan de las obras complejas, incluidos dentro del Capítulo I dedicado al *Sujeto* del derecho de autor, no llegan a describir de modo suficientemente cabal los *tres tipos* básicos de obras en los que concurren una pluralidad de titulares, las cuales han sido bautizadas por nuestro legislador con los mismos nombres que en su momento lo hiciera el legislador francés: *obras en colaboración*, *obras colectivas* y *obras compuestas*.

Así, en la LPI se entiende por *obra en colaboración* aquella cuya creación sea el resultado unitario de las aportaciones de varios autores (art. 7.º); la *obra colectiva*, se caracteriza por haber sido elaborada por una persona a partir de las contribuciones que ella misma encargó a los autores para tal fin (art. 8.º); y, finalmente, se considera *obra compuesta* la obra

⁷ En la doctrina española tenemos grandes juristas expertos en materia informática, entre ellos destacan DELGADO ECHEVERRÍA y HEREDERO HIGUERAS, a quienes remitimos.

nueva que incorpora una preexistente -que aún se encuentre en período de protección- sin la colaboración del autor de esta última (art. 9.º y 21)⁸.

⁸ Como ya quedó dicho, en este punto nuestra Ley sigue a la francesa. Se aprecian, sin embargo, ciertas diferencias que iremos señalando al hilo del análisis de la normativa española.

En Italia, para que haya *obra en colaboración* se exige que las contribuciones sean indistinguibles e inescindibles (art. 10 de la Ley de 22 de abril de 1941); *obras compuestas* son las obras en colaboración cuyas aportaciones son distinguibles y separables, de las cuales no existe definición legal (vid. GRECO, P.: "*Collaborazione creativa e comunione dei diritti di autore*", IDA, I, 1952, pág. 3). Más similitudes existen con la *obra colectiva* definida como la constituida por la reunión de obras o partes de obras que presentan un carácter de creación autónoma como resultado de una selección y una colaboración dirigidas a un determinado fin (art. 3.º).

En esta misma línea tenemos la nueva Acta Británica de 1988 que solamente considera *Joint Authorship* aquellas obras producidas por la colaboración de dos o más autores en la cual, la contribución de cada autor no se distingue de la del otro u otros. El Acta altera la posición cuando autores de diferentes géneros trabajan juntos. Por ejemplo, en casos tales como cuando un libretista trabaja con un compositor pero ninguno contribuye al trabajo del otro. Estos casos no son considerados como autores en colaboración: esa canción consiste en dos obras separadas, una obra literaria en consideración a la letra y una obra musical en consideración a la música (FLINT, M. F., THORNE, C. D. & WILLIAMS, A. P.: "*Intellectual Property- The New Law. A Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*", Ed. Butterworths, London, 1989, págs. 23 y 24).

Contrariamente, en Estados Unidos bajo el Acta de 1976, una obra que envuelva múltiples autores será obra en colaboración si se preparó "*con la intención de que sus contribuciones fueran fundidas en partes inseparables o interdependientes de un todo unitario*" (17 U.S.C.A. # 101). Parece pues que es la intención de los autores y no la de los posteriores cesionarios la que será determinante (MILLER, A. R. & DAVIS, M. H.: "*Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright*", Ed. West Publishing Co., St. Paul, MN, 1990, pág. 371 y ss.). Esta intención de los autores alcanza tal fuerza que la copropiedad de una obra es también posible bajo determinadas circunstancias cuando dos o más individuos, que no se conozcan entre ellos, crean porciones de una obra independientemente cada uno de ellos en diferentes momentos. Sin embargo esto es posible sólo si al tiempo en que cada uno creó su parte, ese individuo tenía la intención de que ello sería combinado con otra parte creada por algún otro, en un futuro próximo o lejano, para formar una obra (WEINSTEIN, D. A.: "*How to Protect Your Creative Work: All you Need to Know About Copyright*", Ed. Wiley & Sons, New York, NY, 1987, págs. 37 y ss.).

La Ley alemana distingue según haya *creación unitaria o unión de creaciones*. Esta última está constituida por aportaciones explotables separadamente (§ 8). No hay coautoría ni comunidad, la explotación común se encuentra sólo, en su caso, dentro del contrato de sociedad. Dentro de las *creaciones unitarias* están: la *obra compuesta* (§ 3), -que en términos generales coincide con la obra compuesta descrita por el art. 9.º de la LPI española-, incluye a su vez dos tipos: cuando la actividad del editor-organizador es creativa, caso en el que adquiere el derecho de autor y cuando la titularidad no pasa al editor sino que se mantiene la coautoría de los autores; y la obra en *colaboración* (§ 8) que pertenece a los coautores en mano común, no se corresponde exactamente a las nuestras, pues como se ha dicho *supra*, no incluye la *unión de creaciones*, es decir, cuando las aportaciones son explotables separadamente. Sobre las divergencias en las legislaciones comunitarias entre los conceptos de obra colectiva y obra en colaboración, vid. DIETZ, A.: "*El derecho de autor en la Comunidad Europea*", trad. Ramón Eugenio López, Ed. Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983, pág. 43 y ss.

En los referidos artículos, más que de verdaderas características deberíamos hablar de meros síntomas o indicios que pueden llegar a denotar ante cuál de estos tipos de obras nos encontramos. Pero frente al número de estas notas, al intérprete le asalta la duda de si son o no acumulativas o si basta con que se presenten ciertos rasgos. De aceptar aquéllo, aparecen en la práctica ciertas obras que habría que considerar atípicas dentro de los casos de pluralidad de autores; de aceptar lo segundo, la realidad práctica será más generosa en obras complejas híbridas. En uno y otro caso se hace necesaria la existencia de un régimen primario o tipo básico, que algunos lo encuentran en las obra en colaboración⁹.

La Ley peca de gran ambigüedad que se sustancia en una excesiva libertad de pactos entre los autores, dando la sensación de que la autoría se puede adquirir por convención¹⁰, sin determinar hasta dónde alcanza esta autonomía de la voluntad de los autores.

Se echa en falta un estatuto especial que se ocupe de las obras *periodísticas*. En principio, parecen comprendidas dentro de las obras colectivas, cuyo paradigma son las obras de género enciclopédico, cuando en realidad deberían configurarse como una subespecie de las obras colectivas. La "*reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma*" en la obra periodística nunca podrá ser tan homogénea como en otros tipos de obras colectivas. Muchas de las aportaciones incluidas en el periódico constituirán por sí mismas creaciones intelectuales autónomas (p. e., aquellas que no hayan sido concebidas para su incorporación en la obra periodística) a las que no se

⁹ MIQUEL GONZALEZ, *op. y loc. cit.* últimamente.

¹⁰ Así, el apartado 4. del art. 7.º dispone que los derechos sobre la obra en colaboración "corresponden a todos los coautores *en la proporción que ellos determinen*", cuando sería más acertado referirse a la calidad y cantidad de las aportaciones, si bien, los coautores serían los llamados en primer lugar a valorarlas. También de la lectura del art. 8.º parece colegirse, *a sensu contrario*, que podría pactarse la colaboración, con independencia de la forma en que se hubiera llevado a cabo la creación.

podrá aplicar el estatuto de las obras colectivas y, con frecuencia, se presentarán coexistiendo con obras compuestas, cuando en la publicación se incorporen obras preexistentes. Cabría, incluso, llegar a calificarlas como *obras independientes* de las descritas en el art. 9.º, 2 LPI.

Tampoco se ocupa la Ley de diferenciar distintos regímenes según se trate de obras que sean el resultado de una relación laboral o de una obra hecha por encargo¹¹, de un contrato societario.

Al tratar de las obras compuestas no se delimita qué géneros son suficientemente independientes como para inspirarse entre sí con total libertad y cuáles no. Así, se considera, en términos generales, que las interferencias entre la literatura y la pintura no dan lugar a obras derivadas¹², la obra científica con respecto a cualquiera de las dos anteriores o viceversa¹³, o incluso, la posibilidad de independencia dentro de un mismo género, como las versiones modernas de una obra pictórica clásica, como en el caso de *Las Meninas* o *El Caballero de la mano en el pecho* de Picasso, si bien por ser éstos ejemplos de obras en dominio público no cabe exigir la autorización del autor de la obra original. Por el contrario, existen otros supuestos en los que el cambio de género no es suficiente para descartar la existencia de una obra

¹¹ En Italia, p. e., tanto los derechos sobre las aportaciones como el derecho al nombre están diversamente disciplinados según se trate del personal de la redacción o no (VARRONE, C.: *"Manuale di diritto d'autore"*, 5.ª edizione, Ed. Editoria Scientifica, pág. 72 y ss.)

¹² Cfr. DESBOIS, para quien existe la misma dependencia entre el pintor que reproduce una descripción literaria sobre el lienzo y el cineasta que la lleva a la pantalla (*"Le droit d'auteur en France"*, 3.ª edición, Ed. Dalloz, Paris, 1978, pág. 106).

¹³ Piénsese p. e., en un estudio científico sobre la obra plástica de determinado artista. La autonomía entre dichos géneros es tal que, en la inmensa mayoría de los casos, estaremos ante supuestos que caen dentro de la esfera de los límites al derecho de autor, especialmente, dentro del llamado *derecho de cita*. También podría darse la posibilidad de que un artista inspire su creación plástica en la representación de determinada escena dibujada por un científico (el dibujo, original en sí, estará protegido por su originalidad científica, no por sus méritos artísticos); o el argumento de una novela basado en recientes investigaciones científicas.

derivada¹⁴.

En términos generales, el legislador español peca de falta de originalidad, limitándose a adecuar la legislación a las leyes de su entorno, especialmente a la francesa. No ha dado soluciones nuevas a los problemas doctrinales y jurisprudenciales que en dichas legislaciones se han suscitado, como p. e., haber normado un estatuto específico para las terminaciones "*post mortem*". Pero finalmente, conviene señalar que no debemos ser demasiado exigentes a la hora de pedir concreción a la Ley; unas normas excesivamente rígidas podrían constreñir, en ocasiones, a los titulares e incluso dejarlos al margen de los tipos legales.

La aparición de la propiedad intelectual es independiente de la capacidad creativa del hombre pues para su nacimiento se requiere que dicho derecho sea reconocido legalmente. Esta idea ha sido elocuentemente plasmada por POUILLET al señalar que el derecho de los autores ha existido en todos los tiempos pero no ha entrado desde su origen en la legislación positiva¹⁵. Algo semejante se puede decir de las situaciones de cotitularidad, puesto que desde siempre los autores han trabajado conjuntamente, han basado sus obras en otras preexistentes o han creado bajo la dirección de otro: el Partenón no fue obra exclusiva de Fidias, ni tampoco la Capilla Sixtina de Miguel Ángel sino que ambas fueron lo que hoy se hubiera calificado como obra colectiva.

¹⁴ En este sentido, BERCOVITZ admite varios casos, en principio dudosos como supuestos de obras derivadas: el paso de una obra escultórica a una pictórica, o viceversa, o de historietas gráficas en relación con la narración literaria preexistente o incluso la reproducción pictórica de una descripción literaria o viceversa ("*Comentario al artículo 11*" en "*Comentarios a la LPI*" dirigidos por él mismo, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 249).

¹⁵ "*Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit du représentation*", 3.^{ème} édition, Ed. Marchal, Billard et Ce., Paris, 1979, pág. 2.

En 1709, con la promulgación del Estatuto inglés de la Reina Ana (sancionado el 10 de abril de 1710) se inaugura el moderno concepto del derecho de autor¹⁶. Su novedad y acierto reside en que en vez de ser el editor quien recibe un monopolio, pagando al autor un estipendio, es el autor quien recibe el derecho a la exclusiva de explotación, cediéndolo al editor, en su caso, bajo las condiciones que determinen.

El Estatuto de Ana otorgaba únicamente a los autores y a sus cesionarios el derecho exclusivo a "imprimir, reimprimir o importar" sus libros¹⁷ y los tribunales fueron lentos a la hora de leer estas palabras como algo más que la cobertura a las copias literales¹⁸; no en vano, el significado etimológico del término *copyright* es *derecho a copia*. De este modo se excluía del ámbito de protección el derecho exclusivo de transformación. Traducciones,

¹⁶ Curiosamente, el Estatuto de la Reina Ana fue la respuesta a las peticiones de la *Stationers Company*, en la que se reunían los principales editores de Londres. Ante la supresión de los privilegios, había acudido al Parlamento en demanda de una ley que protegiese a perpetuidad sus pretendidos derechos contra posibles piraterías. En realidad, la trascendencia y efectos de esta disposición superaron en mucho a lo que en su intención y propósitos podía preverse, ya que no pasaba de ser una medida casi de policía interna o municipal, para evitar y reprimir la piratería, en lo que se creyó más útil, justo y claro: adscribir al autor el derecho de publicación que continuar con el régimen de las *Licencings Acts* (sobre este particular, véase FORNS, "Derecho de propiedad en sus relaciones con el interés público y la cultura", ADC, 1951, pág. 990 y ss.).

¹⁷ 8 Anne c. 19 (1709).

¹⁸ GOLDSTEIN, P.: "Derivative Rights and Derivative Works in Copyright", The Journal of the Copyright Society of the USA, no. 30, 1983, págs. 211 y 212. Detalla este autor como los primeros casos en que los titulares del *copyright* trataban de exigir que los demandantes se abstuvieran de publicar una traducción inglesa, los demandados se opusieron objetando que la traducción no constituía la reimpresión de la obra original pues el traductor ha aportado su propio trabajo y no se trata de un acto prohibido (*Burnett v. Chetwood*). Algo similar se adujo en *Gyles v. Wilcox*, donde el demandante sostenía que el compendio del demandado tomaba prestadas textualmente sus palabras, difiriendo sólo en matices. La Corte estimó que no se trataba del mismo libro pues "los compendios pueden ser calificados, con toda propiedad, de un nuevo libro, no sólo por el papel y la impresión sino porque también muestran la invención, conocimientos y juicio del autor". Para este autor, aunque pueda parecer extraño que se excuse una piratería reconocida sobre la base de que el tesoro del pirata tiene tanto contenido prestado como independiente, estas tempranas decisiones reconocen, propiamente, que el propósito de del *copyright* es estimular la producción de nuevas obras originales, y que los compendios y traducciones son tan importantes para su audiencia como las obras originarias son a aquéllas. Lo único que no aparece en estas decisiones es un sentido más explícito de la necesidad de equilibrar los incentivos.

compendios y demás *obras derivadas* estaban protegidas como si se tratara de obras originales, sin plantearse, por tanto, situaciones de cotitularidad entre el autor de la obra originaria y el de la obra derivada.

En el orden cronológico, la legislación norteamericana fue la segunda en aparecer aunque, por sus orígenes poco conocidos en Europa hasta fecha reciente, la mayoría de los tratadistas suelen considerar a las disposiciones francesas de 1791 y 1793 como sucesoras inmediatas del Estatuto de Ana¹⁹. De los trece Estados, diez promulgaron leyes entre 1783 y 1786. El derecho americano florecía sobre la base de las decisiones británicas, incluido también el sentido restringido de la definición de "copia", de manera que tampoco se consideraban copias las traducciones y modificaciones²⁰.

Dentro de los antecedentes patrios conviene señalar la Cédula del Consejo de 9 de julio de 1778 (Ley 36), en la que se indica que "*la Real Biblioteca, las Universidades, las Academias y las sociedades Reales, cuando reimpriman obras de autores ya difuntos o extraños cotejadas con manuscritos, adicionadas o adornadas con notas o nuevas observaciones, gocen de privilegio*". Se trata de una norma interesantísima desde el punto de vista de la cotitularidad sobre las obras del ingenio, pues dispone que: "*en tal caso, ya se los debe reputar, no como meros editores, sino como coautores de la obra que han ilustrado*". No obstante el encabezamiento de la norma, según el cual pudiera parecer que dichos beneficios se limitan a conceder el

¹⁹ ROGEL VIDE, C.: "*Autores, coautores y propiedad intelectual*", Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 32 y 33.

El ingenio de los franceses a la hora de plasmar por escrito concepciones legales anteriormente formuladas ha hecho que, en muchas ocasiones, fueran tomados como los propios pioneros de la misma; así ocurrió con la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, posterior en el tiempo a la *Declaración de Derechos de Virginia*; o, incluso, con la formulación por MONTESQUIEU del principio de división de poderes, ya en práctica en el parlamentarismo inglés.

²⁰ En la misma línea que los tribunales británicos, la Corte Federal estimó que la traducción alemana de *La Cabaña del Tío Tom* no infringía los derechos del demandante sobre su obra en lengua inglesa y no concedió ningún valor a que la autora hubiera autorizado por su cuenta una traducción al alemán (*Stowe v. Thomas*).

privilegio a ciertos organismos públicos, el goce del privilegio también se extiende a los particulares: "*Si algún literato particular, ilustrase el mismo autor con cotejo, notas y adiciones diferentes, se le permitirá que lo execute a fin de que el honor y la utilidad que de ello pueda resultarle estimule a otros a la aplicación y al estudio sin temor de que su trabajo ha de quedar oscurecido*".

En realidad, supone una aproximación a las *obras derivadas* y no de un supuesto de *coautoría* al que se hace referencia puesto que traen causa de una obra preexistente en vez de ser el resultado de una colaboración entre los autores. Además, este precepto únicamente contempla el supuesto de las obras que derivan de una "especie" de obras en dominio público, "*las obras de autores ya difuntos o extraños*".

La Real Resolución de 2 de octubre de 1782 también resulta interesante desde el punto de vista de la concurrencia de titulares sobre la creación en cuanto que declara la libertad de traducciones sobre una misma obra²¹. No hemos de exagerar la trascendencia de este precepto dentro de la cotitularidad por dos razones: en primer lugar, porque la *libertad de traducción* no implica que los derechos del autor de la obra originaria sean reconocidos (en este sentido, el precepto no alude a la necesidad de autorización del autor de la obra preexistente); en segundo lugar, porque todavía estamos en una etapa muy local del derecho de autor, dónde no se reconocen los derechos de los autores más allá de las propias fronteras (para que coexistieran los derechos de los traductores con los de los autores de las obras preexistentes, en general, debería tratarse de obras o traducciones en latín, castellano y demás lenguas habladas dentro del territorio nacional).

²¹ ALVAREZ VIGARAY recuerda que dicha resolución dispuso que, no obstante estarse imprimiendo a costa de S.M. la traducción de la *Medicina doméstica* de Buchan, no se impidiese a otros cualesquiera particulares que imprimieran y publicaran las traducciones que hiciesen del nuevo libro ("*Las Leyes civiles especiales en la primera fase de la codificación*", en *Libro Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1993).

Según se va desarrollando el derecho de autor, cobran mayor interés los aspectos relativos a la reglamentación de los supuestos de cotitularidad sobre la obra del ingenio (aparecen normas sobre la coautoría de las obras dramático-musicales, traducciones, etc.). Por otra parte, empieza ya a aparecer perfilada de una forma clara la dicotomía entre los derechos de autor y el interés público.

El Decreto de 10 de junio de 1813, aprobado por las Cortes Extraordinarias de Cádiz, y que lleva por título "*Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras*", declaró que "*siendo los escritos propiedad de su autor, éste sólo, o quien tuviese su permiso, podrá imprimirlos durante la vida de aquél cuantas veces le conviniera, y no otro, ni aún con pretexto de moras²² o adiciones*". De la referencia al "*pretexto de las adiciones*" se deduce que la Real Cédula de julio de 1778 no protegía con efectividad los derechos de los autores de las obras originarias que podían burlarse por medio de algunas adiciones.

Muerto el autor, el derecho exclusivo de reimprimir la obra pasaba a los herederos por el tiempo de diez años contados desde el fallecimiento de aquél. Si la obra no había salido aún a la luz, los diez años empezaban a computarse desde la publicación. Cuando el autor era un *cuerpo colegiado* se computaba un plazo de cuarenta años, contados desde la fecha de la primera edición. Este último inciso parece el precedente más remoto del actual art. 28.2 de la LPI que también establece la duración de los derechos sobre la obra colectiva a partir de la divulgación. Técnicamente, en cambio, una obra creada por un cuerpo colegiado se asemeja más a una obra en colaboración que a una obra colectiva.

²² La referencia a la mora provenía de la anterior legislación, que en su afán por proteger la cultura, disponía que una vez expirado el privilegio, si el autor o sus herederos no acudían dentro del plazo determinado a solicitar la prórroga, se concedería a quien lo solicitara, "*pues mediante aquella morosidad, que indica abandono de su pertenencia, queda la obra a disposición del gobierno, que no debe permitir haga falta o se desmerezca*". Se consideraba pues una especie de *res cuasiderelicta*.

La ley de 10 de junio de 1847, llamada de *propiedad literaria*, en su art. 3.º, apartados 1.º y 2.º, es interesante desde el punto de vista de la cotitularidad, pues se refiere a los traductores, entre los que hace curiosas matizaciones: a los traductores en verso de lenguas vivas y a los de lenguas muertas (ya se trate de obras en verso o en prosa) les concede los mismos derechos que a los autores. Las traducciones que podríamos llamar "*ordinarias*" estarían contempladas en el art. 4.º, que concedía un derecho semejante, aunque limitado a veinticinco años *post mortem traductoris*²³.

En su art. 11 la referida Ley se ocupa de regular los compendios y extractos de obras ajenas para los que se exige el consentimiento del autor. Sin embargo, a diferencia del moderno concepto de obra derivada, -dónde los derechos del autor de esta última nunca pueden perjudicar los derechos del autor de la obra principal, siendo en todo caso necesaria su autorización-, la ley de 1847 prevé que el Gobierno autorice su impresión en atención a que por su mérito e importancia constituya una obra nueva o proporcione una utilidad general, sin perjuicio de conceder una indemnización al autor o propietario de la obra primitiva.

Los términos del precitado artículo resultan incongruentes al señalar que *constituye una obra nueva* y, sin embargo, que se conceda una indemnización *al autor de la obra primitiva que no consintió*. Si realmente constituye una obra nueva no es preciso que se le indemnice. En este caso también estaríamos ante un supuesto de *cotitularidad* aunque el autor de la obra originaria se vea postergado a unos derechos patrimoniales de indemnización, ya que se le despoja de la facultad moral de oponerse a dicho

²³ Añadía este artículo que "no se podrá impedir otras traducciones distintas de la misma obra". Sobre este aspecto ha señalado acertadamente ALVAREZ VIGARAY que, en rigor, habría que entenderlo también aplicable a las traducciones en verso, pues siempre cabe la posibilidad de verterlas en otros versos de medida o composición distintos ("*Las leyes civiles...*" *cit.*). Por su parte, LOPEZ QUIROGA tilda de "irritante" la diferencia establecida entre los traductores de lenguas vivas y sabias ("*La propiedad intelectual en España. Estudio teórico práctico de la Ley y Reglamento vigentes*", Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1918, pág. 144 y ss.).

compendio o extracto de su obra.

Tanto la *Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879* como su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, -éste aún hoy en vigor en lo que no se oponga a lo establecido en la nueva LPI (DT 6.ª)-, y las disposiciones especiales que la parcheaban, dictadas bajo su vigencia, regulaban abundantes situaciones de cotitularidad sobre la creación intelectual, pero se establecían sectorialmente, para concretos géneros creativos: en vez de emplear una moderna técnica legislativa tendente a regular las relaciones entre los autores y demás sujetos intervinientes en el proceso creativo, se ocupaban de géneros concretos que habitualmente conllevaban situaciones de cotitularidad como las traducciones, obras dramáticas y dramático-musicales, los periódicos, las colecciones, las obras cinematográficas,... A lo largo del presente estudio tendremos ocasión de analizar algunos de estos aspectos del derecho derogado cuyas normas necesariamente hemos de analizar en el desarrollo de nuestro trabajo.

La legalidad vigente está integrada fundamentalmente por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual -modificada en ciertos aspectos por la Ley 20/1992 de 7 de julio-, y el Reglamento de 3 de septiembre de 1880, en lo que no contradiga a dicha Ley (DT 6.ª) así como por disposiciones que la desarrollan. Han de tenerse también en cuenta los convenios internacionales ratificados por España, que como parte integrante del ordenamiento interno, son aplicables en la materia (art. 1.º-5 Cc) así como abundantes Directivas comunitarias.

Capítulo II: Las obras en colaboración.

1.- IDEAS PREVIAS.

La colaboración supone la elaboración común y mutuo intercambio de ideas en el momento de la creación de la obra¹.

La colaboración es la forma de coautoría por antonomasia. Cuando una pluralidad de autores decide crear una obra en común, lo normal será que los autores estén en pie de igualdad, dentro de una amplia esfera de libertad creadora y, si no acuerdan otra cosa, ellos mismos piensen que la creación les pertenece a todos. Este es el equilibrio que pretende mantener el estatuto de las obras en colaboración. Los problemas que pueden surgir son infinitos: problemas a la hora de excluir a determinados colaboradores en base a ser sólo meros auxiliares de la creación, desacuerdos en la asignación del porcentaje correspondiente a cada aportación, falta de unanimidad a la hora de divulgar o introducir modificaciones, posibilidad de explotación separada de algunas contribuciones, e incluso la firma de quién aparecerá en primer lugar..., por citar algunos dentro de la órbita de la obra en colaboración y no cuando ésta se confunde con las obras colectivas o compuestas.

La primera dificultad será determinar si la calificación aplicable a la obra en cuestión es la de obra en colaboración; superada la cual, el problema será precisar el régimen jurídico que a la misma corresponda, el alcance de los pactos entre los coautores y el derecho supletorio.

¹ MONNET. P.: "*Nouveau memento de propriété littéraire pour la France et l'étranger*", 2.^{ème} édition, Ed. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1954, pág. 43.

2.- REQUISITOS EXTERNOS DE LA COLABORACION.

En principio, el art. 7.º1 señala los presupuestos necesarios para que haya obra en colaboración: 1.º) *que el resultado de la obra sea unitario*; 2.º) *que haya varios autores*; 3.º) *que los derechos sobre la obra correspondan a todos los autores*.

2.1.- Obra de resultado unitario.

En principio, esta exigencia está referida a la cohesión de las distintas aportaciones entre sí.

En primer lugar, supone que las aportaciones deberán tener la suficiente consistencia como para formar una *única* obra. Con referencia a la creación intelectual *unidad* significa "*cualidad de la obra literaria o artística en la que solo hay un asunto o pensamiento principal, generador y lazo de unión de todo lo que en ella ocurre, se dice o representa*"².

El mismo concepto del *resultado unitario* aparece en el art. 28.3. LPI que establece en sentido restrictivo que en la simple publicación conjunta de varias aportaciones, que no constituyan *creación unitaria* aunque guarden entre sí alguna relación, el plazo de protección será computado por la regla general, esto es, separadamente para cada aportación.

Se contraponen así las obras en colaboración a las obras *independientes* contempladas en el art. 9.º2 LPI, que se caracterizan por constituir creaciones autónomas aunque se publiquen conjuntamente³.

² Cuarta acepción de la voz "*unidad*", "*Diccionario de la Lengua Española*" cit.

³ En la nota de unidad habrá que buscar la respuesta a determinadas dudas que surgen cuando, p. e. en una trilogía, no todos los coautores hayan cooperado en cada una de las partes de la obra. Así, A, B, C y D escribieron la parte I; B, C, D, y F, la parte II; y A, B, C y F, la III: ¿se trata de una sola obra en colaboración o de tres obras en colaboración distintas e independientes, en cuyo caso podrían "caer" en el dominio público en momentos

Algunos han creído encontrar en el art. 87 LPI, respecto a las obras audiovisuales, la respuesta al requisito del "resultado unitario"⁴. Nosotros tenemos al respecto determinadas reservas. Dicho artículo establece, simplemente, quiénes son considerados autores de la obra audiovisual, en los términos previstos en el art. 7.º, al que parece remitirse en bloque. Pero, ni el art. 87, ni ninguno de los artículos dedicados a las obras audiovisuales arroja luz sobre el problema que nos ocupa.

En segundo lugar, el resultado unitario hace referencia a la *posibilidad de distinción y explotación separada de dichas aportaciones*⁵. Para algunos autores sería mucho mejor limitar el caso de la coautoría a aquellos supuestos en los que las aportaciones personales no pueden ser explotadas separadamente, pues así el cómputo del plazo de protección desde la muerte del último coautor quedaría limitado a ese caso⁶.

diferentes cada una de ellas? Junto con otras circunstancias, habrá que tener muy en cuenta si verdaderamente existe una unidad entre ellas o si los posibles pactos entre los autores de todas ellas no se hicieron precisamente en fraude de Ley para alargar la duración del período de explotación, incluyendo, p.e., en la última a un coautor muy joven.

⁴ En este sentido, MIQUEL GONZALEZ, que sin embargo, partiendo de que la obra cinematográfica, por regla general, parece claro que son obras de resultado unitario, se pregunta si las obras que teniendo alguna relación constituyen obras bien diferenciadas cada una de ellas, como obras cortas o episodios cortos que se reúnan por algún común denominador. ("*Comentario ...*" cit., pág. 125 y 126). Desde nuestro punto de vista, la clave para resolver si se trata de una obra en colaboración, no hay que buscarla en el *resultado unitario*, que también existiría si se tratara de una obra compuesta como una selección bajo el mismo denominador común, sino en la *efectiva colaboración* de los coautores de dichos opúsculos.

⁵ En nuestra literatura jurídica anterior a la actual LPI, GIMENEZ BAYO & RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE hacían una distinción en este sentido. Técnicamente llamaban *coautores* a los que aportaban a la obra común una parte determinada y concreta susceptible de separación y publicación independiente. Por el contrario, calificaban de *colaboradores* a los que participaban en la producción de un trabajo intelectual, fusionando sus actividades, de modo simultáneo y coordinado, para la creación de que se trate, sin *posibilidad de distinguir en la obra*, a causa de la fusión de esfuerzos, la parte que cada uno aporta a la misma ("*La propiedad Intelectual. Compilación y comentarios de las disposiciones legales vigentes en España con su Jurisprudencia*", Ed. Reus, Madrid, 1949, pág. 24).

⁶ DIETZ, A.: "*El Derecho de autor en España y Portugal*", trad., Ramón Eugenio López Sáez, Ed. Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, pág. 42.

Vimos arriba como las legislaciones alemana e italiana exigían los requisitos de indistinguibilidad e inescindibilidad para que haya comunión en sentido propio. En cambio, ambas legislaciones admiten la utilización libre de las contribuciones respecto a las obras allí llamadas compuestas, sobre las cuales, si bien no existe una definición legal general, si tienen manifestaciones aisladas con relación a las obras teatrales⁷.

Ambas legislaciones admiten, para los casos de colaboración en sentido lato (cuando en el proceso creativo intervienen múltiples actividades técnicas y organizativas), una subespecie contractual de la colaboración. Prescindiendo de ciertos efectos que deben verificarse en cada caso por la tutela inderogable de la actividad creativa, la Ley no impone limitación alguna a la autonomía negocial de los autores, ni a la elección del tipo de contrato, de cambio o de base asociativa, optándose por el más idóneo a las circunstancias⁸. Cabrá por tanto pactar también la explotación separada de las contribuciones⁹.

La Ley francesa de 1957, dispone en su art. 10. 4 que *"cuando la participación de cada uno de los coautores responda a géneros diferentes, cada uno podrá, salvo pacto en contrario, explotar separadamente su contribución personal, siempre que no cause perjuicio a la explotación común"*. La LPI española reproduce este texto salvo que la nuestra no limita la explotación a que las aportaciones sean de distinto género.

⁷ Así, en los arts. 34-37 de la Ley italiana de 1941, se reconoce a los colaboradores el derecho a la utilización de sus propias contribuciones bajo la condición de que no resulte perjuicio a la obra común, aunque estos artículos, -como ha reconocido GRECO-, no constituyen un modelo de precisión y claridad (*"Collaborazione..." cit.*, pág. 37).

⁸ GRECO, *"Collaborazione..." cit.*, pág. 17.

⁹ Algo similar ocurre en la Ley belga, en la cual, las obras divisibles aunque las contribuciones puedan ser teóricamente separadas, se prohíbe a los coautores insertar su trabajo en otra obra del mismo tipo. Sin embargo, esta regla no se aplica hasta que la obra esté acabada, pues hasta ese momento, las aportaciones no forman parte de la obra en colaboración (BEREMBOOM, *"Le droit d'auteur..." cit.*, pág. 134). En este último extremo reside la novedad de esta Ley.

Se suscita una atractiva hipótesis que empaña la aparente claridad del enunciado. De la interpretación de la fórmula dada anteriormente se percibe que existen dos variedades de obras en colaboración: la creación que resulte de aportaciones de igual o distinto género. Sin embargo, uno de los ejemplos más característicos, es la canción, que puede comprender las dos hipótesis: una canción podrá haber sido escrita -letra y música- por dos personas que hayan trabajado bajo los dos elementos; otra posibilidad es que haya sido compuesta por un libretista y un músico confrontando únicamente sus aportaciones separadas. En los dos casos, la obra merece la calificación de obra en colaboración porque los autores, cualesquiera que sean sus aportaciones, han sido animados por un objetivo común.

En ambos casos hay indivisión: los autores deben ejercer los derechos sobre la obra en común; sin embargo, la distinción de las dos variedades tiene sus consecuencias en el régimen jurídico. Si las aportaciones son comunes y los coautores ejecutaron conjuntamente el ensamblaje, la explotación de la obra estará sometida al régimen de la indivisión, que se aplicará también el régimen de las partes separadas: si para una película, p. e., se utilizara sólo la música será necesario el acuerdo de los dos autores. Si las aportaciones están separadas, -cuando uno de los autores ha compuesto la música y el otro la letra-, la explotación de la obra resultante estará sometida al régimen de la indivisión, pero la explotación separada de las aportaciones podrá realizarse por su autor¹⁰.

En todo caso, una cosa es que el público o el editor no sepa quién escribió cada parte de la obra en común y otra, que los autores no estén en condiciones de probar la parte que pertenece a cada cual, a través de comunicaciones privadas entre los coautores en las que se reconozcan recíprocamente lo que cada uno ha aportado a la obra en común. Toda

¹⁰ COLOMBET, *"Propriété littéraire et artistique et droits voisins"*, 6.^a édition, Ed. Dalloz, Paris, 1992, pág. 79 y ss.

prueba al respecto es admisible¹¹. Esto obedece al hecho de la irrenunciabilidad de la autoría.

En resumen, a veces la indivisibilidad puede surgir de la propia forma en que haya tenido lugar la unión de aportaciones y esto con independencia de que dichas aportaciones pertenezcan o no a géneros distintos. Reconduciendo lo anterior a términos matemáticos, podemos decir que:

$[(\text{Aportación A}) + (\text{ajustes A+B})] + [(\text{aportación B}) + (\text{ajustes A+B})] = \text{obra indivisible}; \Rightarrow (\text{acuerdo necesario de todos los coautores para explotar aisladamente las partes singulares de la obra}).$

$(\text{Aportación A}) + (\text{aportación B}) = \text{obra unitaria cuyas aportaciones son explotables independientemente, sin necesidad de consentimiento de los demás coautores}.$

En nuestra Ley, a reserva de lo pactado, la única limitación es que la explotación separada, -que no tiene por qué ser de distinto género-, cause perjuicio a la explotación común.

La posibilidad de explotación de aspectos separados de las obras en colaboración, se puede manifestar en una doble vertiente: de una parte, por la explotabilidad de las aportaciones de los coautores ya sean éstas del mismo o de distinto género; de otra, por el hecho de que aun siendo indistinguibles las aportaciones de los coautores, es posible la explotabilidad de determinados aspectos o fragmentos de la obra¹².

¹¹ RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: *"La cesión en exclusiva de los derechos de los derechos de autor"*, Ed. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 110.

¹² Esta cuestión tendría gran relevancia a la hora de determinar si la explotación separada de los fragmentos de titularidad compartida, indivisible, cae dentro de la modificación de la obra, y por tanto requiere la unanimidad de los coautores (art. 7.º 2), o si entra dentro de la gestión habitual de la obra, rigiéndose entonces por la regla de la mayoría de los partícipes (art. 7.º 4, en relación con el art. 398 del Cc). Por un lado, sería contradictorio con el art. 7.º 3 que, respetándose los límites de no causar perjuicio a la explotación común,

En ningún caso la unidad del resultado se ve deteriorada, ya que la situación será como si de una obra de autor único se tratara, puesto que las obras indivisibles también pueden ser explotadas parcialmente. La diferencia estará sólo en el régimen jurídico de la obra en colaboración.

Partiendo del necesario resultado unitario de la creación, la *unidad de resultado* se muestra también en la futura *unidad de la obra* a partir de su calificación como obra en colaboración, esto es, que la totalidad de la obra estará sometida en el futuro a las mismas reglas¹³. De este modo, se produce también una ampliación del período de protección a las singulares aportaciones de los coautores, pues también para la explotación de éstas se computará desde la muerte del último coautor, según dispone el art. 28.1 LPI como excepción a la norma general del art. 26.

2.2.- Colaboración de varios autores.

En una primera aproximación, en este presupuesto se contrapone la obra en colaboración a la obra individual. Sin embargo, los problemas que plantea la concurrencia de autores exceden en mucho esta simplista visión.

Según se presenten las contribuciones de los autores pueden surgir distintos problemas y de la solución que a éstos demos quedará supeditada

las aportaciones de un solo coautor pudieran ser explotadas aisladamente y, sin embargo, para la explotación de los fragmentos indivisibles no bastará con la mayoría, sino que hiciera falta la unanimidad; por otro, al consistir en un fragmento que pertenece a todos los coautores parece que *todos* tienen que decidir sobre el destino del mismo, en la misma medida que lo hacen sobre el conjunto de la obra. Igual ocurriría si la aportación explotable separadamente ha sido creada por varios coautores conjuntamente pero no por todos, ej. si hay un solo libretista pero varios músicos. Parece que para la explotación separada de la música se necesitaría el consentimiento de todos los músicos, que formarían una especie de *subcolaboración*.

¹³ Sobre este principio, la jurisprudencia francesa es constante en relación al mismo destino (Paris, 12 juill. 1855, S., 1855.2.598; Paris, 9 déc. 1905, S., 1907.2.65; Civ., 21 juill. 1908, S., 1909.1.121; Civ., 7 avril 1925, Ann. 1928.2; D.P., 1928.1.33). Más particularmente, observa LE TARNEC que la duración del monopolio será uniforme ("*Manuele...*" cit., pág. 243 y ss.).

la calificación de la nueva obra como obra en colaboración. La mayoría de las dificultades planteadas serán consecuencia de la necesidad de que exista una *creación efectiva* de todos los autores para que haya colaboración, única forma legítima para adquirir la condición de coautor. Pero quedan también otras cuestiones como la posibilidad de colaboración entre varias personas jurídicas.

2.2.1.- Necesidad de una creación efectiva.

Si la autoría depende de la verificación del hecho jurídico de la creación (art. 5.º 1 LPI), otro tanto ocurre con la coautoría; pero en las obras en colaboración, al concurrir una pluralidad de autores, será más difícil de probar y valorar la participación de cada uno de ellos.

La doctrina es unánime en señalar que sólo pueden pretender ser considerados coautores los que hayan tenido alguna actividad de *creación intelectual* y no quienes realizan trabajos de mero auxilio¹⁴. En consecuencia, se ha excluido en términos generales de la colaboración a los meros correctores y a quienes formulan críticas o revisan la versión definitiva de la obra¹⁵. Insistiendo un poco más en este aspecto, se excluyen de la colaboración los casos de sugerencias, consejos y críticas presentadas a

¹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS ("*Comentarios a los artículos 428 y 429*", en "*Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*", dirigidos por M. Albaladejo, tomo V, vol. 2.º, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 810) observa como la distinción no puede establecerse *a priori*, poniendo como ejemplo que la búsqueda de material bibliográfico puede ser un trabajo auxiliar (p.e. para realizar una obra jurídica) o principal (si la obra es bibliográfica).

¹⁵ Así, con referencia a la frecuente labor de revisión de los editores, LASSO DE LA VEGA, J.: "*El contrato de edición*", Ed. Editora Internacional, Madrid, 1949, pág. 107. Se podrá estar, sin embargo, en presencia de una obra en colaboración en un supuesto bastante próximo: en el caso de la reescritura, realizada a petición del editor, de manuscritos formalmente insuficientes. Sería instaurada una colaboración entre el que ha formado el esquema del libro, el redactor de la versión provisional y aquél que realizó la versión definitiva, apta para ser publicada (COLOMBET, "*Propriété...*" cit., pág. 80).

título amigable¹⁶.

Algunas legislaciones han llegado a excluir expresamente del ámbito de la colaboración la ayuda en la producción o publicación de una obra¹⁷; pero, teniendo en cuenta el propio concepto de la colaboración y de autoría, no consideramos necesario el recurso a su delimitación expresa.

Sólo quienes hayan participado con una aportación creativa pueden pretender ejercer derechos sobre la obra realizada en colaboración¹⁸. Pero no basta con una aportación creativa y original para adquirir derechos sobre la totalidad de la obra; dicha aportación ha de ser suficientemente relevante para la sustancia de la obra en colaboración y no meramente accesorio¹⁹. Un

¹⁶ DESBOIS, H.: "Les droits d'auteur; aspects essentiels de la jurisprudence française", en "Le droit français au milieu du XIX siècle", vol. II, Paris, 1950, pág. 206. En el mismo sentido, BERTRAND ("Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins", Ed. Masson, Paris-Milan-Barcelone-Bonn, 1991, pág. 298) quien cita el caso del novelista Jean Bruce que no incurrió en colaboración por el hecho de haber releído su primera novela con el editor en diversas etapas de su elaboración (TGI Paris, 3^{ème} ch., 8 mars 1985, *Brochet c. Presses de la Cité*, RDPI 1985 n.º 1, pág. 155).

¹⁷ Así, el art. 17.4 del Código de derecho de autor portugués, reforzado por el art. 26 para determinados casos especiales (obras radiofónicas, cinematográficas fonográficas y de arquitectura), negándose a los agentes técnicos, dibujantes, constructores,... cualquier derecho de autor sobre la correspondiente obra. Se ha criticado que en este contexto se utilice la expresión "colaboradores" porque podría divisarse una contradicción con el concepto general de la coautoría (DIETZ, "El derecho de autor en España y Portugal" cit, pág. 43).

¹⁸ La cuestión de grado para saber dónde termina el *auxiliar* y dónde comienza el *coautor* dependerá de si su aportación se corresponde con la técnica que socialmente se valora como *producción* de una obra protegida (CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al artículo 5.º" en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 106).

¹⁹ La jurisprudencia francesa ha precisado estos principios con ocasión del litigio *Dall v. Béjart*. Dall pretendía ser considerado coautor de un espectáculo coreográfico para el cual había realizado los decorados. La Corte de Casación consideró que "son coautores aquellos que han colaborado para la obra común, en una intimidad espiritual, ya hayan creado sus aportaciones artísticas en un género parecido o diferente; una obra lírica se compone esencialmente de palabras y música (...). La obra así realizada forma un todo indivisible que se basta a sí misma y tiene valor propio, independientemente de los decorados y del vestuario con el cual se presenta al público y que tienen un carácter accesorio (Cass. civ. 1.^{re}, 5 mars 1968). RECHT sin embargo, comentando esta sentencia, señala que es imposible saber si la Corte de Casación discutió o no que pueda existir hoy en día un espectáculo que se diferencie del tipo clásico por la adjunción a la música de elementos pictóricos que jueguen un papel esencial ("Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, pág. 256; para un resumen de esta misma obra

criterio para diferenciar las verdaderas aportaciones a la obra en colaboración de las contribuciones accesorias puede ser el de la *prescindibilidad*.

En consecuencia, no todos los participantes de una obra en colaboración tienen los mismos derechos sobre la obra indivisa²⁰.

Cuanto más complicado es el proceso creativo de una obra, más frecuente resulta que dicha obra este formada por aportaciones principales y accesorias. Estas dificultades se plantearon por primera vez a propósito de la obra cinematográfica, pues las distinciones podrían ser dudosas, especialmente, en el caso de los artistas, pero los problemas fueron mitigados por los distintos países estableciendo legislaciones especiales y, en su defecto, por la jurisprudencia²¹, al ir desarrollando el estatuto de los derechos conexos.

En relación a la necesidad de creación efectiva se han presentado dudas en la jurisprudencia francesa acerca de si los tapices constituyen obras en colaboración, en cuyo caso el pintor de cartones y el tejedor aparecerían como coautores, o si, por el contrario, hay que excluir la calidad de autor de alguno de ellos²², resolviéndose en sentido favorable a la colaboración. También parte de la doctrina se ha considerado partidaria de la coautoría al considerar que los tejedores de tapices conservan cierta libertad creativa,

vid. Le Droit d'auteur, mai 1969).

²⁰ Nos parece muy acertada la división que hace BERENBOOM de los derechos de los distintos colaboradores: De una parte, los coautores son titulares de los derechos de autor sobre la unión de la obra de manera espontánea; de otra, los creadores accesorios no tienen derechos de autor más que sobre su sola creación personal ("*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 134).

²¹ GRECO, "*Collaborazione...*" *cit.*, pág. 13 y ss.

²² Cass. civ., 4 juin 1971, D. 1971.489 (1^{re} Ch. civ. -D. 1971, j. con las conclusiones de R. LINDON pág. 489 y ss.). El pintor rehusó el tapiz declarando que tenía ciertos fallos. La Corte decidió nombrar unos expertos para que decidieran quienes habían sido los creadores del tapiz. Finalmente, el Tribunal consideró que sería paradójico denegar la calidad de coautor a cualquiera de los dos.

especialmente en relación a la elección de los colores²³.

Para DESBOIS, el debate se circunscribe a la elección entre dos nociones: *adaptación* o *colaboración*. Este autor mantiene que el examen de las circunstancias dará preferencia a una u otra. Si el pintor ha dejado libre al tejedor en el curso de la ejecución, las relaciones serán las inherentes a la adaptación; si, por el contrario, el artista ha seguido las etapas de la transposición no sería aberrante inclinarnos hacia la colaboración²⁴.

En nuestra opinión, la problemática planteada por los tapices es tan compleja que no permite dar respuestas tan generalizadas, pues éstas dependen del intrincado proceso creativo de este tipo de obras en el que es preciso que nos adentremos.

En primer lugar, la manera más simple, (y que en la actualidad está adquiriendo cierta relevancia), de composición de un tapiz, es aquella en que la obra es el resultado de la actividad de un único artista: tejedor y diseñador coinciden. No presenta ningún tipo de problema desde el aspecto que nos interesa por no ser un supuesto de pluriautoría.

Sin embargo, es más frecuente que el proceso de creación del tapiz sea muy complicado, interviniendo distintos tipos de artistas, y no sólo el cartonista y el tejedor. Es habitual que intervenga también un artista que se ocupa de dar el paso intermedio adaptando el cartón a las dimensiones del futuro tapiz y transponiéndolo a la malla que será posteriormente tejida.

Que tanto el tejedor como el artesano que, en su caso, adapta el cartón a la malla obtengan la calificación de autores dependerá, como ya se dijo, de si tienen margen de libertad creadora o si se limitan a reproducir

²³ En este sentido, COLOMBET, "*Propriété...*" cit., pág. 111.

²⁴ "*Le droit de auteur...*" cit., pág. 8.

fielmente el modelo del cartonista.

El ámbito de elección se manifiesta primordialmente, como apuntaba la doctrina francesa, en la elección de los colores²⁵, pero hemos de añadir que también en el diseño de las cenefas que los bordean; los tejedores podrán, incluso, no ceñirse totalmente a los trazos del cartón²⁶.

Por otra parte, no debemos olvidar la realidad de que la mayor parte de los tapices se realizan en el seno de Fábricas de Tapices, como la Real Fábrica de Tapices en España o la *Fábrica Gobelinos* en Francia. Dichas personas físicas o jurídicas tienen la iniciativa de la creación del tapiz, encargan el cartón, son las empleadoras de los tejedores, son las que dan a los artistas las instrucciones que han de seguir, adquiriendo, en consecuencia la propiedad de los tapices e incluso del cartón. Esta situación descrita parece caer de pleno en el tipo de la *obra colectiva*.

Los derechos morales se manifiestan especialmente en el derecho a la paternidad, representado por la firma de los artistas. Ejemplos hay en todos los sentidos: tapices firmados conjuntamente por cartonista y tejedor (o el jefe de los mismos), o solamente por uno de ellos.

En virtud de lo expuesto, consideramos erróneo dar una respuesta unívoca al problema planteado. Estamos en contra, incluso, de la división parcial arriba mencionada que hacía DESBOIS de distinguir entre colaboración o adaptación dependiendo de la participación o no del cartonista

²⁵ Se cuenta que los tejedores de la Real Fábrica de Tapices al trasladar al paño los *Cartones* de Goya protestaban ante la excesiva gama de colores que éste empleaba, pues no encontraban tal variedad de hilos. Esta anécdota sirve para ilustrar como no siempre son los tejedores quienes tienen libertad de elección del colorido.

²⁶ Existen muchos ejemplos de tapices famosos que no siendo idénticos en el tema derivan de un mismo cartón, lo cual es muy significativo a la hora de admitir que algunos tejedores conservan cierta libertad creativa.

en la ejecución del proceso de tejido²⁷.

Con dicha interpretación se olvida que el cartón ha sido creado como medio para alcanzar el resultado unitario constituido por el tapiz, si bien ese cartón será explotable por separado. Podemos decir que estaríamos ante un caso semejante al compositor que compone una ópera con la idea de que posteriormente el libretista incorpore la letra. Entendemos que aunque el cartonista no participe en la transposición del tapiz, puede tratarse de una auténtica obra en colaboración²⁸.

Para DESBOIS, solamente habría colaboración en el caso de que el cartonista siga el desarrollo de la ejecución del tejido hasta que la obra esté acabada²⁹. Consideramos, sin embargo, que si el cartonista interviene en el proceso final, para que haya colaboración efectiva, la participación del pintor ha de ser tal que deje suficiente libertad creativa a los tejedores. En caso contrario, cuando sea el cartonista quien asuma la dirección en la ejecución del tapiz, apareciendo el cartón como "un mandato" que ha de seguirse tanto en colorido como en trazado, y el tejedor no tenga ningún tipo de libertad creativa, el trabajo de dicho tejedor aparecerá como el de un mero artesano³⁰. Su aportación será accesoria a la creación y su participación podría ser

²⁷ *Op. y loc. cit.* últimamente.

²⁸ Distinto sería si el tejedor toma como modelo una obra pictórica preexistente que no hubiera sido concebida para su posterior traspase al tapiz. En este caso, se aplicaría el régimen de las obras derivadas.

²⁹ *Op. y loc. cit.* últimamente.

³⁰ En este sentido, DUMAS considera que las relaciones entre cartonista y tejedor, en principio, son las derivadas de un contrato de arrendamiento de obra. El tejedor trabaja con dependencia absoluta del pintor, ejecutando el trabajo a partir de instrucciones precisas del artista. El creador del cartón debe establecer su proyecto con la máxima precisión y tener, rigurosamente en cuenta, la técnica impuesta para que sea traspasado al tapiz. Cuando el paso del cartón al tapiz se haya realizado de esta manera, este autor, limita el papel del tejedor al de mero ejecutante (*"La propriété littéraire et artistique"*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1987, pág. 90 y ss.). En nuestra opinión, quizá sea preferible hablar de "artesano", pues el vocablo "ejecutante" al acercarnos al marco de los derechos conexos a la propiedad intelectual ha de ser empleado con grandes cautelas.

sustituida por la de cualquier otro artesano de igual virtuosismo.

En definitiva, el tapiz podrá ser el resultado de la colaboración del cartonista y del tejedor, y hasta, podría ser coautor el adaptador intermedio. Pero también podrá consistir en una obra colectiva, derivada o, incluso, una obra individual del cartonista si del tejedor se limitó a seguir las instrucciones dadas por el pintor, ostentando únicamente éste la condición de autor absoluto de la obra. Al igual que en los demás tipos de creaciones intelectuales, no es el género el que determina la calificación jurídica de la misma, sino la forma concreta en que los autores hayan participado en cada caso.

2.2.1.1.- El coordinador y los coautores.

En las obras en colaboración, a diferencia de lo que acontece en las obras colectivas, se presupone una *comunidad* entre los coautores, de tal manera que no es necesario que medie coordinación ni dirección ajenas³¹. Pese a esta apariencia, en muchas ocasiones, uno de los coautores se erige en coordinador de los demás sin que, por ello, la obra pierda su condición de *obra en colaboración*.

Cuando el coordinador aparece también como coautor no se plantea ningún problema respecto a su cotitularidad sobre la obra. Este surgirá cuando su aportación no se materialice, limitándose a dirigir y ensamblar las aportaciones de los demás.

A pesar de que la coordinación de aportaciones es una actividad intelectual, no se considera bastante como para que dé lugar por sí sola a la

³¹ En este sentido ROGEL, que, citando a DESANTES, sostiene que los coautores mantienen su propia personalidad, participando en la creación a título principal y a pie de igualdad ("*Autores, coautores...*" cit., pág. 107).

autoría³².

Conviene plantearse si cabe una coordinación creativa o, si por el contrario, cuando el coordinador no aporte nada más que su dirección para combinar las aportaciones ajenas, estará siempre exento de toda posibilidad de autoría.

En principio, parece contradictorio excluir de la autoría a quien quizá más que ninguno fue el promotor de la obra y gracias a quien la obra adquirió mayor cohesión.

La manera clásica de incluir entre los coautores al coordinador, es acentuar aquello que de intelectual puede tener su aportación. Nos referimos, entonces, al coordinador que no se limita a una mera actividad técnica u organizativa.

Este tema entronca con la problemática del maestro y sus colaboradores. El ejemplo paradigmático del coordinador-coautor sería el maestro que encarga una obra concreta a varios de sus discípulos, reparte el trabajo, orienta y dirige sus esfuerzos pudiendo llegar incluso a corregir las aportaciones de éstos, siempre que sea transigiendo con ellos para que haya intercambio de opiniones. Aunque no haya tomado parte en ninguna de las aportaciones concretas, su actividad ha sido creativa e indudablemente ha colaborado en la creación de la obra³³.

En la práctica, curiosamente, cuando se han planteado supuestos similares a éste, no se trataba de negar la autoría del *maestro-director* sino, por el contrario, de minimizar las aportaciones creativas de los discípulos

³² Por ello, se ha dicho de la obra colectiva que constituye una notable excepción al principio de la autoría (MIQUEL GONZALEZ, *op. cit.* últimamente, pág. 124).

³³ *Vid. infra.* al tratar el tema de la idea elaborada.

hasta el punto de considerarlas creaciones de los maestros³⁴.

Para que exista colaboración no es necesario pues que la intervención de los coautores sea en pie de igualdad absoluta. Las aportaciones de los discípulos pueden estar pautadas por las consignas del maestro, -quien, a su vez, podrá intervenir material o espiritualmente en la creación-, con tal de que éstos ostenten cierta libertad creadora.

Una vez que la obra ha sido creada por medio de la colaboración, el

³⁴ Podemos recordar dos famosos casos que se presentaron en la jurisprudencia francesa y belga: el primero se planteó con ocasión del litigio entre los herederos del pintor Auguste Renoir y su discípulo Ricardo Guino (Trib. gr. inst. París, (3^o ch.) 11 janvier 1971). Renoir, cuando la enfermedad le priva de usar las manos, prodiga sus consejos a su discípulo: le describe minuciosamente la visión que concibió de una obra, pero sin tomar parte en la ejecución. Guino, en vida del maestro, se mantuvo en la sombra; pero después de la muerte de Renoir y cuando sus propias fuerzas estuvieron en declive, decidió proclamar su participación en la obra que en su día no firmó. El Tribunal le reconoce la facultad de agregar su nombre a las obras que hasta entonces no se había hecho mención de su participación. Los magistrados destacan la imprescriptibilidad de la autoría y reconocen a Guino la cualidad de coautor (puesto que éste había disfrutado de cierto margen de libertad creativa). Como señala DESBOIS ("*Le droit de auteur...*" cit., pág. 107 y ss.) sentar lo anterior supone implícitamente admitir una colaboración instituida entre éste y su maestro. Por su parte, COLOMBET ("*Propriété...*" cit., pág. 81) estima que de haber sido consideradas obras colectivas, Renoir hubiera sido el único creador.

Lo que aquí más nos interesa destacar es que la obra no habría sido la misma sin el concurso de las dos actividades creadoras, siendo ambas insustituibles. No consideramos, en cambio, válida la explicación dada por el maestro DESBOIS de estimar que la aportación de Renoir, al estar descrita por palabras pertenece al orden literario, mientras que la de Guino pertenece al orden artístico. Ambas aportaciones contribuyen a la creación de una única obra artística.

El otro litigio fue objeto de un interminable proceso entre Salvador Dalí y la Señora Forani (Civ. Bruxelles, 8 avril 1970; Bruxelles, 17 septembre 1971 y 19 janvier 1979; Cass., 22 mai 1980). Esta había creado bajo la dirección de Dalí un busto "daliniano" inspirado en el busto clásico de Dante. Para abordar el caso, la Corte llamó a dos peritos para verificar si la Sra. Forani había concurrido "a la creación espiritual de la obra", es decir si, no obstante las indicaciones de Dalí, había aportado su talento creativo a la obra. Tras el dictamen de los expertos, el Tribunal concluyó que "cualquiera que fuera el genio de Dalí, la Sra. Forani ha aportado la colaboración de un escultor de talento y ha marcado su huella personal en ciertas partes de la referida cabeza. No ha lugar a subestimar en la obra en colaboración la parte del ejecutor cuando se ha esforzado en seguir, sin traiciones, las inspiraciones de su maestro".

En los dos casos no se cuestionaba la autoría de los maestros sino la de los ejecutores. Los maestros no aparecían tan siquiera como coordinadores, pues sólo contaban con un discípulo cada uno; pero nada obsta a que si, *mutatis mutandis*, hubieran intervenido varios ejecutores-creadores, todos ellos con cierto ámbito de libertad creativa, pero bajo la dirección del maestro se hubiera llegado a la misma solución, siempre que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de los ejecutores derechos sobre el conjunto de la obra realizada, pues en caso contrario podríamos estar ante una obra colectiva.

maestro no podrá eclipsar los derechos de sus discípulos. La colaboración impone un régimen igualitario dónde la única distinción que puede haber es una mayor o menor cuota de participación³⁵, pero en ningún caso sería admisible, ni tan siquiera el voto de calidad del maestro. Puede aparecer cierta jerarquía dentro de las obras en colaboración cuando el coordinador es el empresario o el arrendador de servicios de los coautores, pero la obra creada no constituya una obra colectiva. En este caso, habrá que velar, especialmente, porque los intereses de los coautores que estén subordinados contractualmente sean respetados.

Finalmente, falta por considerar hasta qué punto es disponible la proporción de la obra que corresponde a los coautores. ¿Podrán determinar por sí mismos quienes son los coautores, valorando la actividad espiritual o material de cada uno? Parece claro que, según la letra de la Ley no podrán excluir a ninguno ("*corresponden a todos los autores...*" dice el art. 7.º 4); tampoco podrán incluir a quien no ha tomado parte en la obra o lo hizo de forma accesorio. En nuestro supuesto, si el coordinador participó a la vez en la ejecución de las aportaciones, los otros coautores podrán premiar su actividad directora con una mayor cuota de participación. Si la actividad del coordinador aunque creativa fue únicamente espiritual, su inclusión o exclusión dentro del grupo de los coautores dependerá del sentido que le demos al término "*autor*".

2.2.1.2.- La idea creativa.

En relación a las obras en colaboración, tanto la doctrina³⁶ como la

³⁵ En este sentido, se ha señalado que la Ley distingue -implícitamente- entre los derechos morales, que atribuyen a todos en un plano de igualdad, y los derechos patrimoniales, que corresponden a cada uno en la proporción determinada (ESPIN CANOVAS, D.: "*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*", Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, págs. 137 y 138).

³⁶ Así, DESBOIS, ("*Les droits d'auteur; aspects essentiels...*" cit., pág. 203) señala que la colaboración implica unos esfuerzos creadores, animados por la *inspiración común* y dirigidos de acuerdo a la vista de la realización de una obra del espíritu; GRECO

propia LPI al exigir que la iniciativa de la realización de la obra colectiva sea del editor-coordinador, conceden demasiada importancia a que la idea generadora de la obra pertenezca a *todos* en el caso de la obra en colaboración, o *sólo* al editor en el caso de la obra colectiva.

De llevar esto hasta sus últimas consecuencias, no habría prácticamente ni verdaderas obras en colaboración, ni colectivas. La respuesta podría buscarse en el hecho de que la propiedad intelectual no protege las ideas³⁷: una vez que quien concibió la idea la comunica, ya a los demás autores, ya al editor, la idea pasa a ser inspiración común de todos los coautores o iniciativa del editor, sin posibilidad alguna de ser reclamada por quien en principio la había concebido. Pero de admitir esta explicación ¿porqué se menciona la iniciativa e inspiración común?

("Collaborazione..." cit., pág. 15) observa como la colaboración verdadera y propia se tiene sólo cuando las diversas contribuciones dependen de una *originaria inspiración* creativa común de sus autores; también LE TARNEC (*op. y loc. cit.* últimamente) considera que el concurso directo debe darse en función de una *inspiración común* (el subrayado es nuestro).

³⁷ La doctrina y los ordenamientos tienen por axioma que el derecho de autor no protege a las ideas. La propiedad intelectual no concede a nadie el derecho a ser el único que exponga o utilice una idea, cualquiera que sea la forma en que esa idea pueda quedar expresada, sino sólo un derecho a ser el único a exponer o utilizar esa idea, en la forma concreta y determinada que él mismo le dió (BAYLOS, "*Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal*", edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 598). Sólo una vez que la idea haya tomado la forma de una creación concreta, externamente perceptible por los sentidos, podrá ser protegida, pero entonces lo que se protegerá no será la idea en sí, sino su forma externa; lo que incluye una abstracción de la obra que excede p.e. del argumento literario a su estructura, disposición, personajes.... Las ideas estéticas, o las ideas científicas (teorías, principios, teoremas, axiomas, postulados), técnicas, políticas, económicas, comerciales, para la eutrapelia, etc., los nuevos descubrimientos, los resultados de estadísticas u observaciones, etc., no son aisladamente objeto de la propiedad intelectual, ni, en principio, de propiedad alguna (PEÑA, "*Comentarios...*" cit., pág. 755). En el mismo sentido, DIEZ PICAZO niega la verdadera protección jurídica de las simples ideas, añadiendo una observación muy interesante: "hay, sin embargo, una parcela del llamado derecho de autor, poco desarrollada, pero donde la protección se da también, como es el caso de los diseños y de los planos, a través de la cual podrían encauzarse algunas hipótesis de tecnología" ("*Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos)*", 2.ª edición, Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1987, pág. 133). Pero como sentenciosamente se ha señalado, sin la realización, la idea no sería más que humo (FRIEDMAN, M.: "*Libertés et responsabilités des journalistes et des auteurs*", Ed. Centre de Formation et de Perfectionnement des journalistes, París, 1988, pág. 22).

En cuanto a las ideas ya expresadas en una obra, se considera que pueden ser libremente explotadas sin que la simple utilización de las mismas constituya plagio³⁸.

Pero hasta aquí hemos venido refiriéndonos a las *ideas desnudas*, pero las que a nosotros más nos interesan son aquellas ideas que se presentan como proyecto de una obra futura, y más concretamente cuando se mira hacia una ulterior colaboración³⁹.

Cuanto más complicado y costoso es el proceso de realización de una obra, más frecuente será que, ante la imposibilidad de creación aislada, quien conciba una obra de este tipo trate de "vender" la idea. En la jurisprudencia estadounidense este tipo de litigio es muy común en relación a las obras cinematográficas y radiofónicas⁴⁰.

³⁸ DESBOIS, "*Le droit de auteur...*" cit., pág. 22.

³⁹ En la famoso *affaire Renoir v. Guino* que comentábamos, los herederos de aquél pretendían que la autoría absoluta fuera determinada solamente en base a la concepción de la obra; lógicamente, no fue aceptada, concluyéndose que había habido colaboración.

⁴⁰ Este hecho es debido a que es práctica habitual el "comprar y vender" ideas sobre argumentos de películas, hasta "traspasarlas". Se compran incluso sin sometimiento a la condición de que dichas ideas sean posteriormente empleadas en obras futuras, y en ocasiones, se invierten fuertes capitales (elaboración del guión, incluso rodaje de determinadas escenas) antes de decidir sobre su idoneidad. El caso *Blaustein v. Burton*, (9 Cal App 3d 161 USPQ 779, Cal App 1070), ofrece un reflejo fascinante de las costumbres de la industria cinematográfica.

Para prevenir acusaciones de plagio, los estudios y las compañías productoras no aceptan material no solicitado. A los escritores que envían material a través de los cauces formales, p.e., por medio de sus agentes, se les pide que firmen formularios de exoneración. Estas formas, de legalidad cuestionable, prevén que si un escritor cuyo guión ha sido rehusado por el estudio reclama posteriormente que el estudio ha desarrollado ideas basadas en su guión, la indemnización estará limitada a \$ 1,000. Obviamente, los escritores conocidos rechazan tales formas. Los estudios también se aseguran contra reclamaciones por plagio cuya cobertura puede ascender a 25 millones de dolares. Esta política es la culpable de que los estudios se desinteresen de las demandas por plagio (HOROWITZ, J.: "*Plagiarism in Hollywood: Whose Idea Is It, Anyway?*", The New York Times, Sunday, March 15, 1992, pág. 22).

GOLDSTEIN ("*Copyright, Patent, Trade Mark and Related State Doctrines. Cases and Materials*", Ed. Callaghan and Co., Chicago, Illinois, 1973, pág. 70 y ss.) Ha llegado a plantearse si los usos comerciales pueden originar derechos de propiedad en ciertos tipos de ideas. Considerando el caso *Cole v. Lord Inc.*, 262 App Div 116, 117, 120, 28 NYS2d 404 (1st Dept 1941) en el cual, el demandante, que había concebido el plan general para una serie

Se ha querido encontrar la protección de los argumentos de películas en la protección debida a la obra literaria preexistente que los incorpora⁴¹, pero lo que realmente se protege ahí es un auténtico guión, que constituye una obra literaria perfecta, y no un mero argumento que carece de protección en el marco del derecho de autor. Tratar de subsumir estos proyectos dentro de las obras literarias, será una falacia puesto que al no estar concebidos como tales, aunque tengan forma escrita no constituyen literatura (tendrán vacíos, partes sin desarrollar, incluso varios posibles finales) y de constituirlos (si p. e. para lograr dicha protección se escribe un cuento corto), ya no se trata de un mero proyecto, sino de una oferta para crear una obra derivada⁴². Característica de la obra acabada es que solamente el autor o la persona por él autorizada podrán introducir modificaciones; la idea o plan sobre la obra futura, en cambio, se presenta desde el principio de modo abierto; puede incluso ofrecer varias opciones.

Este concepto ha sido denominado "*idea elaborada*"⁴³. Para ARE⁴⁴

de radio "*Racketeer and Co.*" y lo había comunicado a la Compañía productora demandada, quiso obtener una parte de los beneficios de la venta que la demandada hizo de la serie, bajo el título "*Mr. District Attorney*" a una cadena radiofónica. En este caso, se concluyó que "existe un derecho de propiedad con respecto a la combinación de ideas desarrolladas en un programa, distintas de los derechos sobre los escritos particulares en los que el demandado se apoya. Al transferirse cualquier derecho de "*Mr. District Attorney*", no se vendieron los escritos sino la idea básica". En el Derecho continental nunca se hubiera podido hablar de "derechos de propiedad".

⁴¹ La RO de 24 de noviembre de 1926 interpretó restrictivamente el art. 64 del RLPI ("*el plan y el argumento de una obra dramática o musical... constituyen propiedad para el que los ha concebido o para el que ha adquirido la obra*"). La referida RO exigía la existencia previa de la obra, concluyendo que "*las obras escritas para servir de argumento a una película antes de realizar ésta, sólo pueden registrarse como obras literarias*".

⁴² Si se tratara de una mera idea no podría dar lugar a una obra derivada pues carecería de la calidad de obra preexistente.

⁴³ RUBINSTEIN, S.: "*La protezione delle «idee elaborate»*", IDA, 1953, pág. 43 y ss.; GIANNINI, A.: "*La protezione delle così dette idee elaborate*", IDA, 1953, pág. 317 y ss.

⁴⁴ "*L'oggetto del diritto di autore*", Ed. Giuffrè, Milano, 1963, pág. 87 y ss. En esta obra trata magistralmente el problema de la tutelabilidad de la idea, término que considera muy vago. Recurre a la expresión "*idea elaborada*" para evitar el uso del mismo término en su acepción más restringida.

pueden verificarse dos hipótesis: a) que la idea elaborada se limite a una indicación del argumento y eventualmente del modo de tratarlo, no teniendo ninguna concreción y, en consecuencia, estaría condicionada al resultado; b) que la idea haya tenido un comienzo de realización, aunque sea breve. En este caso ya es una obra que, aunque incompleta, presenta los extremos de tutelabilidad, mientras que es irrelevante que sea seguido de ulterior desarrollo o no⁴⁵.

Por ello, para obtener el amparo de la propiedad intelectual es necesario que lo concebido mentalmente por el autor se plasme o exprese por un medio, de cualquier naturaleza, que la haga cognoscible ("expresada") pues todo acto de creación entraña, finalmente, un acto de comunicación a los demás, que puede llevarse a cabo o no⁴⁶. Ahora bien, la necesidad de expresión de la idea se requiere en orden a su protección por el derecho de autor y no de cara a otras posibilidades de protección que el derecho ofrece.

Pero, ¿qué ocurre cuando en la creación intervienen varias personas? y ¿cuándo la expresión del proyecto tiene forma literaria y la futura obra va a ser cinematográfica o de otro género?

Si una obra inacabada tipo proyecto es "completada" por otro u otros, no habría colaboración entre éstos, sino obra derivada; en cambio, si quienes ejecutan la obra atienden a las instrucciones de quien concibió la idea puede

⁴⁵ La doctrina es unánime en cuanto que la obra comenzada es objeto de propiedad intelectual. PEÑA (*op. y loc. cit.* últimamente) ha manifestado que para que haya obra intelectual, a efectos del derecho de propiedad intelectual, basta con que tenga expresión orgánica suficiente aunque, en opinión de este autor, aún no esté terminada totalmente, o esté aún toda ella en formación.

⁴⁶ OROZCO PARDO, G.: "Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992", AC, n.º 12, 22-28 marzo 1993, pág. 209.

haber colaboración entre ellos⁴⁷.

El art. 2.º del RLPI, que aún podemos considerar vigente⁴⁸, establece que: *"se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales"*. Podríamos entonces decir que:

CREACION + CONCEPCION = REALIZACION⁴⁹

El proceso de creación se compone pues de una fase de concepción y otra de materialización⁵⁰. Cuando quien concibe la idea posteriormente la ejecuta él mismo, ambas fases se confunden sin presentar ningún problema. Pero cuando en cada fase intervienen distintos sujetos, puede ser difícil distinguir hasta que punto quien concibió la obra simplemente inspiró al

⁴⁷ En contra de la postura que aquí mantenemos, SKONE JAMES y otros mantienen que la persona que sugiere la idea, sin contribuir para nada en la forma literaria, dramática, etc. en la cual descansa el *copyright*, no es un coautor, ni siquiera lo es la persona que revisa y hace adiciones menores a una obra existente (*"Copinger and Skone James on Copyright"*, 13th edition, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1991, pág. 154); aunque respecto a la segunda proposición sí estamos conformes pues, como se menciona en otro lugar, los meros correctores no pueden beneficiarse de la calificación de coautor.

⁴⁸ Ya hemos hecho referencia a la disposición transitoria 6.ª 1 de la LPI DE 1987: *"El Reglamento de 3 de septiembre de 1880 y demás normas reglamentarias en materia de propiedad intelectual continuarán en vigor, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente Ley"*.

⁴⁹ Con relación al proceso de creación podríamos proponer la siguiente metáfora: quien aporta la "idea elaborada" es como el padre que concibe, mientras que quien la ejecuta y materializa es como la madre que alumbró. Únicamente con la concepción no existe la obra, pero una vez que ésta sea alumbrada es indiscutible la aportación de quien engendró la obra. Tanto el conceutor de la obra como su ejecutor aparecen pues como padres, como coautores. En cuanto a la obra individualmente concebida y ejecutada podríamos decir, siguiendo con la misma metáfora, que sería un modo de "hermafroditismo", al no estar la paternidad de la obra compartida.

⁵⁰ En este sentido, CORTES GIRO, V.: *"Derecho de propiedad intelectual"*, Ed. Marfil, Alcoy, 1957, pág. 24.

verdadero y único autor que es quien la ejecutó⁵¹, o si, por el contrario, la concepción, cuando denota cierto grado de desarrollo, entra dentro de la creación⁵².

Se ha afirmado que no es autor de una obra quien enuncia la idea del tema o desarrollo, sino aquél que la realiza concretamente, aunque no sea materialmente⁵³. Y si desechamos el criterio de la materialidad, será todavía más complicado determinar si hubo o no colaboración.

Es posible decir entonces, que puede calificarse de colaboración la aportación ideal no acompañada de ejecución física de la obra resultante. Pero para que se acepte que existe coautoría, es necesario que dicha aportación no se limite a una visión general y abstracta⁵⁴. Para que quien

⁵¹ Con respecto a las obras hechas por encargo, se ha señalado con acierto que el acto creativo transporta la creación de la esencia a la exigencia, de la potencia al acto, y que mediante él, el sujeto pasa de la postura pasiva de recepción de la inspiración, ya provenga esta del exterior, ya de planos de su mente que están fuera de la conciencia a la postura activa del trabajo intelectual. Aun en los casos en que el comitente "impone" el "asunto" o contenido de la creación todavía no se ha traspasado con ello la fase pasiva de la inspiración, que carece de significación creadora (ALGARDI, Z.: *"Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1966, pág. 21 y ss.).

⁵² ANAWALT ha señalado que como proposición general, nadie puede simplemente ser propietario de una idea. Una idea se puede guardar para sí mismo e impedir que otros la usen o disfruten. Se puede también desarrollar (en solitario o con otros) en un método o producto que finalmente se comparta con otros. Sin embargo, el proceso de desarrollo de las ideas y los materiales o productos desarrollados pueden ser legítimamente protegidos (*"Ideas in the Workplace. Planning for Protection"*, Ed. Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1988, pág. 3 y ss.). Este autor enfoca el problema desde la óptica de las reclamaciones de ideas entre empleador y empleado dentro del marco del desarrollo de las altas tecnologías, como p.e. el proceso de creación de programas de ordenador. Sobre este mismo tema, DIEZ PICAZO, ha afirmado como la importancia que modernamente ha adquirido la llamada tecnología, métodos y procedimientos de fabricación, experiencias, etc., ha hecho que éstos se transformen en objetos de contrato (*"Derecho y masificación..." cit.*, pág. 127 y ss.).

⁵³ SATANOWSKY, I.: *"Derechos intelectuales"*, vol. I, Ed. Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 159.

⁵⁴ Sin embargo, en un caso resuelto por el Tribunal Federal alemán se consideró autor de una escenificación infantil del cuadro de El Bosco a quien lo organizó, concibiendo la idea de la realización a través de la pintura, y sólo meros auxiliares a quienes colaboraron en el montaje y puesta en escena (BGH, 6-II-1985 *"Happening Fall"*, GRUP (1985), pág. 529, citado por RODRIGUEZ TAPIA, *"Comentario..." cit.*).

concibió el plan sea colaborador, debe mantener un seguimiento en la elaboración de la obra, y conseguir, frente a los demás colaboradores, el respeto y la consideración de sus opiniones. En definitiva, mantener cierto control sobre la obra futura, para, de este modo, formar una voluntad común⁵⁵. En este sentido podríamos hablar de *común esfuerzo intelectual*.

Un hecho concluyente para apreciar la existencia de colaboración es que, en el momento de creación, los demás coautores reconozcan la participación creativa de quien proporcionó la idea desarrollada y colaboró en su ejecución de un modo espiritual.

Nadie puede ir contra sus propios actos, de manera que los colaboradores no podrían excluir en un momento posterior a quien concibió el plan y dirigió la obra. En este sentido jugará a su favor la presunción prevista en el art. 6.º 1 LPI. Ahora bien, como la autoría es irrenunciable e imprescriptible, la aparición del nombre del coordinador entre los autores, - como la del resto de los coautores-, es una presunción de las que admite prueba en contrario; por tanto, sería posible la exclusión del coautor putativo únicamente si se prueba que su participación no fue creativa, no siendo suficiente la prueba de que su aportación no fue material⁵⁶.

⁵⁵ En este sentido y con respecto al maestro y a sus colaboradores, DESBOIS ha manifestado que no basta con que el maestro dé consejos generales y formule críticas en el curso de la ejecución, no es suficiente haber formulado la idea de forma esquemática. Para acceder al rango de coautor, deberá ofrecer una descripción y exigir que el ejecutante no desprecie sus palabras o escritos ("*Le droit d'auteur...*" cit., pág. 107). Vid. *supra*, también, los casos *Renoir v. Guino* y *Dall v. Forani*.

⁵⁶ Por el contrario, bajo el nuevo Acta estadounidense de 1976 se viene definiendo "autor" de una obra en colaboración como aquellos individuos cuyas contribuciones son "copyrightables". En este sentido, señala GOLDSTEIN diversas decisiones en las que no se apreció la existencia de obra en colaboración cuando uno de dos colaboradores había contribuido con expresiones no protegidas. Por ejemplo, el cliente que aportó sus ideas dirigiendo cambios y con poder de aprobación sobre cada partida de una obra arquitectónica o el ejecutivo que contribuyó con sus ideas al desarrollo de un programa de ordenador ayudando a diseñar el lenguaje y el formato del programa de la muestra visual. Pero sin embargo, un colaborador que acompaña sus ideas con sugerencias expresivas y originales será un coautor incluso si su contribución es menor que las de los demás coautores ("*Copyright*" cit., pág. 379 y 380).

Este reconocimiento de la actividad creativa a quien aporta únicamente una contribución inmaterial por los demás coautores, no debe llevarnos a la errónea conclusión de que la coautoría pueda adquirirse por pacto. La colaboración surge por acto⁵⁷ y no por pacto: por el acto de concepción-creación.

Si negáramos la categoría de colaborador a quien aportó las ideas desarrolladas que exceden de la mera inspiración o consejo, falta también por determinar si quien concibe alguna obra puede beneficiarse de ello por otros medios en Derecho si la obra se lleva a término. Pero estas vías alternativas serán especialmente interesantes para el caso de que quien concibe la idea elaborada se desvincule del proceso de ejecución de la misma.

Resulta innegable que la idea puede ser de una originalidad tal que, que el éxito de la obra dependa más de quien concibió la idea inicial que de quien posteriormente la ejecutó.

Se han formulado varias soluciones que tratan de cubrir esta situación de desamparo de aquel que ve cómo un tercero se beneficia de la obra que él mismo proyectó. En este sentido, se ha manifestado que el único modo de sacar provecho a la idea privada de protección exclusiva en cuanto a tal, estaría constituido por el pacto de una retribución por su revelación. Las ideas no protegidas por el derecho de autor estarían amparadas por el principio de la buena fe contractual⁵⁸.

⁵⁷ En este sentido, PIOLA-CASELLI, ARIENZO & BIBLE, señalan que la comunión surge de modo originario en el acto mismo de creación de la obra cuando esta es fruto de la colaboración de varios autores (*"Diritto d'autore"* (voz) en *"Novissimo Digesto Italiano"*, Ed. UTET, Torino, 1943, pág. 684).

⁵⁸ En este sentido, ARE ha señalado que estaría tutelado sólo indirectamente en la protección de la pertenencia material del empresario y en el deber de la fidelidad de sus colaboradores (*"L'oggetto del diritto..." cit*, pág. 88 y ss.). Pero los problemas más graves surgirán cuando no medie relación contractual.

Tanto la doctrina⁵⁹ como la jurisprudencia italianas⁶⁰ tienen presente que cuando la protección del derecho de autor está excluida, no configurándose como obra del ingenio de carácter creativo, el interesado puede recurrir a la vía subsidiaria de la acción de enriquecimiento sin causa⁶¹.

También la jurisprudencia norteamericana ha encontrado la panacea para estos problemas en la teoría del enriquecimiento injusto o cuasi contrato, válida incluso a falta de contrato expreso o tácito⁶², aunque se exige que la idea sea original y concreta⁶³. Pero debemos hacer hincapié en que en dicho Ordenamiento, al igual que en los continentales, las ideas tampoco están protegidas por el *copyright*. Los Tribunales Federales han dejado claro que el *copyright* está reservado a la *expresión* de la idea; no se extiende a la idea

⁵⁹ Vid., por todos, GALTIERI, G.: "*Protezione del diritto di autore e dei diritti connessi*", edizione aggiornata, Ed. Sampere 2000, Roma, 1988, pág. 31-33.

⁶⁰ Cass. 27 ottobre 1977 n. 4625; Cass. 4 febbraio 1980 n. 773; en Dir. Aut. 1978 y Giust. It. 1980, I, 1, 1011 respectivamente.

⁶¹ No parece sin embargo de acuerdo con esta interpretación de CUPIS. Para este autor, la idea no asume importancia social y relevancia jurídica hasta que no sea formulada exteriormente, momento en el que, presentándose la posibilidad de conocimiento por terceros, surge el problema sobre la tutela del sujeto de la creación frente a esos mismos terceros, problema resuelto por el Ordenamiento jurídico por medio de la concesión de los derechos de autor ("*I diritti de la personalità*" (*Trattato CICU-MESSINEO*, IV), Ed. Giuffrè, Milano, 1982, pág. 591 y ss.).

⁶² Así, EPSTEIN considera que dicha teoría es equitativa y que los Tribunales creen que no se debe permitir que una de las partes reciba una ventaja ilícita sobre la otra, incluso a falta de contrato que establezca los derechos de cada parte. Los Tribunales típicamente requieren que la idea recibida se haya enriquecido en virtud del uso o conocimiento de la idea ofrecida y que haya sido tratada de mala fe. Otros muchos factores son tenidos en cuenta por los Tribunales a la hora de tomar esta determinación entre las partes, intereses de orden público y las expectativas de los implicados ("*Modern Intellectual Property*", 2nd edition, Ed. Prentice Hall Law & Business, supplement 1990, pág. 281 a 288.3).

⁶³ En *Murray v. National Broadcasting Co., Inc.*, 844 F. 2d Cir. 1988) la Corte convino que las ideas no originales no apoyarán una reclamación de enriquecimiento injusto; En *Seymore v. Reader's Digest Ass'n, Inc.*, 493 F. Supp. 257 (S.D.N.Y. 1980), se estimó que si una idea no es original, no tiene valor como propiedad y no puede ser base para declarar que el demandado se enriqueció injustamente.

misma⁶⁴. Es más, la Sección 102 (b) del U.S.C. niega la protección a las ideas *per se*: "*En ningún caso, la protección del copyright se extiende a cualquier idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio o descubrimiento, independientemente de la forma en la cual se describe, explique, ilustre o incorpore en tal obra*"⁶⁵.

En el campo publicitario, donde la colaboración es el prototipo de forma creativa por la pluralidad de autores de distintos géneros que han de intervenir para la creación de un anuncio o de una campaña publicitaria⁶⁶, es frecuente que el director de la campaña, o incluso el propio anunciante ofrezcan a los artistas la idea que éstos han de materializar y, al igual que en otros tipos de obras, esta idea puede aparecer muy desarrollada. En las obras publicitarias, los Tribunales también toman en cuenta el grado de desarrollo de la idea germen de la obra. Si la idea es considerada demasiado sucinta, la persona que la concibió no será considerada coautora⁶⁷; si, por el contrario, se trataba

⁶⁴ Los Tribunales tienen aversión a conceder protección cuando una obra parece coexistir con la idea subyacente. Por ejemplo, en *Baker v. Selden* (1879) donde se debatía la posibilidad de registrar el *copyright* ("copyrightabilidad" si utilizamos el anglicismo) de un sistema contable, el Tribunal Supremo sostuvo que puesto que los libros de contabilidad del demandado se coordinaban diferentemente que los del autor original, no había infracción por utilizar los principios o ideas expuestos por el autor original (MILLER & DAVIS, "*Intellectual Property...*" cit., pág. 297 y ss.).

⁶⁵ Hemos de puntualizar que los Tribunales estadounidenses al aplicar la distinción idea-expresión a las demandas por infracción literaria mantienen que los temas y los simples argumentos no son más que ideas impropetegibles, pero que se otorgará protección contra la apariencia parafraseada. En este área intermedia, los Tribunales generalmente tratan el problema como una cuestión de grado: el grado en el cual el propietario del *copyright* ha desarrollado el tema y argumento a través de decorados, escenas, incidentes, diálogos, caracterizaciones y otros detalles y el grado en el que el infractor ha tomado prestados dichos detalles (GOLDSTEIN, P.: "*Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*", in *The Journal of the American Society of the U.S.A.*, no. 30 (1983), pág. 218 y ss.).

⁶⁶ Vid. DUPERTIUS, P.R.: "*Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale*", Ed. Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jursprudence, Lausane, 1964, pág. 111 y ss.

⁶⁷ Esto es lo que ocurrió en el caso del *lecherito francés* (Paris, 27 novembre 1967, comentada por LINDON, R.: "*L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*", J.C.P., 1970, I, 2295). Un empresario de una compañía de publicidad había encargado a unas artistas, especializadas en la creación de muñecos, que crearan un personaje destinado a captar la atención de los consumidores de productos lácteos de una empresa de Flandes. El muñeco debía tener determinados rasgos, debía evocar un paisano del norte de Francia, de

de una idea suficientemente desarrollada, la nueva obra podría ser calificada de obra en colaboración⁶⁸.

Lo que ocurre es que la obra publicitaria tiene un plus, -aunque quizá fuera más acertado hablar de un minus-, que una obra artística: su finalidad y razón de ser es comercial. Esto hace que incluso las consideraciones artísticas pueden quedar supeditadas al interés comercial, interés que habrá de ser valorado por los artistas y publicistas conjuntamente para la determinación de la versión final. Es una máxima en publicidad que cuando la obra publicitaria es demasiado bella, el destinatario "pierde" en la percepción del mensaje y su producto. Esto hace que incluso las consideraciones artísticas queden supeditadas al interés comercial, interés que habrá de ser valorado por artistas y publicistas conjuntamente para la determinación de la versión definitiva⁶⁹.

Por eso, desde nuestro punto de vista, en materia publicitaria, aunque

pelo rojo que siguiera la imaginería popular, con una margarita en los labios como símbolo de juventud, y un cántaro de leche en la mano. Sin embargo, la Corte de París juzgó que únicamente las personas que han materializado al idea tienen la calidad de autor, aunque las directrices dadas fueran bastante precisas.

No estamos de acuerdo con el Tribunal de París porque se ampara en la falta de protección a las ideas por la propiedad intelectual que, en este caso, al estar suficientemente elaborada, podría haberse tratado de una colaboración. Curiosamente, DESBOIS, al comentar esta sentencia lo hace a propósito del caso ya comentado de los *herederos de Renoir v. Guino*, ejemplo emblemático de las obras en colaboración. Sin embargo, parece que en este caso opta por dejar al margen de la colaboración a quien concibió al lechero, considerando demasiado esquemática la idea aportada para que surja la colaboración ("*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 107). Podríamos decir que para este autor el eslabón perdido de la colaboración se encuentra entre estos dos casos.

⁶⁸ Se ha considerado que si el titular de la idea la traduce al programador para la creación de un personaje mediante una técnica informática podría ser considerado entonces como coautor (RISTICH de GROOTE, M.: "*Les personnages des oeuvres de l'esprit. - Approche du droit français-*", RIDA, núm. 130 (1986), pág. 36 y ss.).

⁶⁹ Se ha denunciado que en materia publicitaria no se respeta ni la colaboración ni la autoría, pues a menudo un proyecto publicitario es modificado por el jefe de publicidad o por un director comercial. Los unos buscan la calidad estética, los otros se enfocan hacia el valor comercial del proyecto y muchas veces los autores primitivos no son ni siquiera consultados bajo el pretexto de que "han sido pagados por su trabajo" (DUPERTIUS, *op. y loc. cit.*, últimamente). Una obra de estas características habría que encuadrarla en el supuesto de las obras colectivas.

la colaboración sea una cuestión de hecho que no se puede atribuir por contrato (así, p. e., dentro del contrato de trabajo, sería nulo pacto que atribuyera al empleador la coautoría sin haber colaborado de forma efectiva en la creación), hay que tener un criterio mucho más abierto a la hora de valorar las aportaciones de los que intervienen en el proceso creativo; precisamente, porque el objetivo de la obra no es ni artístico, ni literario sino comercial, aunque su resultado lo sea.

Para evitar una aplicación forzada de los esquemas legales existentes se ha juzgado oportuno remitir a las normas de la autorreglamentación⁷⁰ como disciplina idónea para regular los conflictos de intereses y la forma de imitación desleal. A nuestro juicio, el gran obstáculo que encontramos es que habrá cierta inseguridad contractual. Si se encarga una creación publicitaria que luego por su originalidad alcanza la condición de obra del ingenio, los pactos contrarios a la legislación sobre propiedad intelectual se tendrán por no puestos. Con una excepción, la ley de derecho de autor no implica la obligación de enunciar la paternidad de la obra de material publicitario⁷¹ que, por tanto, puede ser convencionalmente pactado. Esta excepción es también consecuencia de la finalidad comercial o propagandística que la publicidad persigue: el nombre del autor distraería al destinatario del mensaje que se le quiere hacer llegar.

En relación al problema de las ideas debemos hacer referencia también al estatuto de los personajes⁷², pues éstos aun estando comprendidos en

⁷⁰ SANTILLI, M.: "*Il Diritto d'autore nella società dell'informazione*", Ed. Giuffrè, Milano, 1988, pág. 204 y ss. Para esta autora, la solución propuesta presenta la ventaja de que podrá manifestarse también en el caso de que la idea publicitaria no emerja al rango de la creación merecedora efectiva de la tutela en base a la Ley de Derecho de Autor.

⁷¹ Ma v. Pret. Roma, 15 luglio 1980, en *Temì rom.*, 1980, pág. 296, cit. por SANTILLI (*op. y loc. cit.* anteriormente).

⁷² La problemática de los personajes será estudiada con mayor profundidad en sede de obras compuestas dado que la mayor parte de los supuestos consisten en la incorporación del personaje de una obra preexistente a la propia.

otras obras del espíritu (siendo parte del argumento de éstas) adquieren en ocasiones vida independiente, emancipándose del autor y de su obra. Aunque en la mitología y en el Antiguo Testamento ya aparecían los grandes héroes, los personajes constituyen una rama nueva dentro del derecho de autor⁷³.

La realidad está llena de utilizaciones de personajes ajenos. Si alguien ha pasado a la Historia de la Literatura española como un villano es sin duda Avellaneda, que con su "*Quijote*" pretendió valerse de la gran popularidad que había alcanzado el personaje cervantino, aunque gracias a esta desleal apropiación del personaje de D. Quijote, contamos hoy con la segunda parte que Cervantes escribió para denunciar al "impostor".

Cuando un autor se aprovecha del éxito de un personaje ajeno, no se produce un plagio en sentido estricto; en la nueva obra se desarrollan nuevas aventuras, aparecen nuevos personajes, sigue una estructura distinta... En definitiva, lo que se "copia" es la idea del personaje. Dicho personaje ha de contar con personalidad suficiente como para poder beneficiarse de la calidad de creación intelectual; y es precisamente esta originalidad la que la hace ser ambicionado por otros autores.

La doctrina ha tratado de proteger las ideas de los personajes a través del concepto de enriquecimiento injusto y de la figura del "interés susceptible de protección"⁷⁴, por la vía del derecho común y, en particular, mediante los contratos denominados "de no revelación"⁷⁵, o por medio de calificar al

⁷³ BERTRAND, A: "*Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*", Ed. Masson, Paris-Milan-Barcelone-Bonn, 1991, pág. 553.

⁷⁴ En este sentido SAPORTA, tras lamentar que las ideas no puedan estar protegidas por el derecho de autor, reconoce al mismo tiempo que siempre se ha admitido que la obra sólo era una idea elaborada y el personaje es, a su vez, un elemento de esta elaboración ("*Quelques notes sur la création des «personnages»*", RIDA, núm. 11, 1956, pág. 79 y ss.).

⁷⁵ En este sentido, RISTICH de GROOTE, "*Les personnages...*" cit., pág. 38. Trata también allí otro aspecto que nos atañe con respecto a las obras en colaboración: cuando el autor de la obra y el autor del personaje no coinciden en el tiempo, como en el caso de Morris y de Goscinny en *Las aventuras de Lucky Luke*. Mientras la explotación de la obra

personaje de fantasía de obra del ingenio, como expresión de una idea original que lo define con carácter e individualidad propias, aunque la exteriorización de tal idea creadora no sea a través de una obra literaria, figurativa o plástica, sino por medio de un espectáculo radiofónico⁷⁶. En definitiva, por los mismos medios que las demás ideas desarrolladas.

En conclusión, aunque la propiedad intelectual no tutele las ideas, que por tanto no son inscribibles, una idea original suficientemente elaborada puede estar protegida por otros medios que el derecho proporciona (teoría del enriquecimiento injusto, contratos de no revelación...). En cuanto al aspecto concreto de la colaboración, una idea desarrollada puede ser una legítima aportación, no materializada, de la obra común en colaboración, apareciendo entonces el que concibe la obra como coautor. Cuando el padre de la idea se desentiende del proceso de ejecución de la futura obra, trata de sacar provecho de su idea como tal y por eso la cede a cambio de un precio o reclama por enriquecimiento injusto; en el segundo caso, el que concibe la idea, como coautor que es de la obra, participa aunque no materialmente en la ejecución de la misma y por tanto le corresponde el mismo estatuto que a los demás coautores.

está sometida a la regla de la unanimidad; el personaje, como aportación separada puede ser libremente explotado, siendo muy importante determinar la parte de cada uno en la colaboración. Sin embargo, cuando el personaje sea fruto de la suma de participaciones, (p.e. si en la apariencia física del héroe de un tebeo se denota el carácter dado por el guionista, o éste participó en la manera de vestir al referido personaje), la regla será también la unanimidad. Por su parte, GATTI mantiene que en materia de tutela del personaje, cuando el personaje es utilizado fuera del contexto de la narración de la historia con fines publicitarios o como producto del mercado, la infracción no puede fundarse sobre el derecho de autor ("*La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia*", RD Comm., 1991, I, pág. 575 y ss.). Con respecto al *merchandising* de un personaje señala este mismo autor que en él falta la conexión entre la reproducción del nombre o símbolo y la posibilidad de confusión de los productos, al igual que falta la relación de concurrencia entre el titular de la creación intelectual y el que la reproduce ("*Il merchandising e la sua disciplina giuridica*", RD Comm., marzo-aprile 1989, pág. 126).

⁷⁶ Vid. VARRONE, C.: "*Manuale di diritto d'autore*", 5.^a edizione, Ed. Editoriale Scientifica, Napoli, 1987, págs. 41-44.

2.2.1.3.- Régimen jurídico de las entrevistas.

¿Constituyen las entrevistas obras en colaboración? Una vez más resulta imposible dar una respuesta unívoca a un problema planteado, pues dicha respuesta dependerá de quién sea el verdadero autor de la entrevista considerada en su conjunto.

En principio, parece que el periodista que formula las preguntas a una persona es el titular de un derecho de autor sobre su creación, pero el personaje entrevistado conserva otro derecho sobre sus expresiones, constituyéndose en coautora de dicho reportaje o entrevista. Como consecuencia, toda utilización de la misma debe ser hecha con el consentimiento del entrevistado⁷⁷. Sin embargo, el entrevistador que interroga a una persona no suele reproducir íntegramente sus respuestas. Lo normal será que haga una selección de las mismas, las reagrupe, resalte algunas palabras y elimine otras e, incluso, que introduzca algunos comentarios. El periodista que pone forma es seguramente titular de un derecho de autor⁷⁸. Por ello, se ha dicho que el entrevistado entrega su opinión y deja a aquél que le interroga el cuidado de su expresión, reservándose un control sobre la fidelidad del desarrollo o haciendo todas las reservas sobre la exactitud de la misma⁷⁹.

Ahora bien, como decíamos al principio, nos parece que la persona entrevistada conserva la propiedad intelectual sobre la porción de entrevista que reproduzca sus palabras *ad pedem literae*. Como se ha recordado,

⁷⁷ Vid. MISERACH I SALA, "La propiedad intelectual", Ed. Fausí, Barcelona, 1987, pág. 37.

⁷⁸ BEREMBOOM, "Le droit d'auteur" cit., pág. 46 y ss.

⁷⁹ Vid. el comentario que hace DESBOIS a la decisión del Tribunal de gran instancia de París sobre una entrevista hecha al General de Gaulle por Passeron, redactor de "Monde", donde añade que es el redactor y no el inspirador quien tiene la cualidad de autor. La entrevista sirve pues para trazar la línea de demarcación entre la idea y la forma concreta ("Le droit d'auteur..." cit., pág. 26).

también en este género, el entrevistado ostentará el derecho de autor siempre que sus respuestas muestren un desarrollo personal y una estructura suficientes como para que sean incluidas entre las obras orales⁸⁰. Se ha dicho, sin embargo, que en la mayor parte de los casos, la actitud del entrevistado resulta pasiva, en el sentido de que se contenta con responder simplemente a las cuestiones que le son planteadas por el entrevistador. En este caso, su participación a la obra en colaboración, que eventualmente puede constituir la entrevista, es nula y su pretensión al beneficio de los derechos de autor no tendría fundamento jurídico alguno⁸¹.

En nuestra opinión, la docilidad del entrevistado a la hora de responder las preguntas que le van siendo formuladas, no es obstáculo para que la entrevista sea calificada de colaboración cuando las respuestas ofrezcan la suficiente originalidad y el entrevistador mantenga la forma externa de las mismas dada por el entrevistado. En las entrevistas, la función del entrevistado es aportar su personalidad en las respuestas, sin necesidad de que dicha originalidad trascienda a las preguntas y esta personalidad se manifiesta aunque sea mediante respuestas lacónicas.

En apoyo del reconocimiento de los derechos del entrevistado tenemos que mientras que las respuestas de éste último pueden sostenerse por sí mismas como obras comercialmente valiosas, las preguntas del entrevistador rara vez lo serán⁸².

⁸⁰ BEREMBOOM, *op. y loc. cit.* últimamente.

⁸¹ DUMAS, "*La Propriété...*" *cit.*, pág. 40. No nos parece correcta tampoco la opinión de este autor cuando sostiene la persona que se presta a una entrevista concluye un contrato con el realizador, según el cual, salvo pacto en contrario, confiere a este último el derecho de utilizar libremente, en el estilo que le es propio, los elementos sonoros y visuales recolectados y de elegirlos a su discreción. La existencia de colaboración es una cuestión de hecho, de manera que puede basarse en un acuerdo tácito sin mención alguna sobre la cesión de derechos. En este caso, aplicando las reglas generales de la propiedad intelectual, no cabe admitir una cesión presunta. Pero además, de existir pacto de cesión, sería nula la renuncia "*in complexu*" de los derechos de los coautores.

⁸² GOLDSTEIN, P.: "*Copyright*", vol. I, Ed. Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 1989, pág. 383.

Sobre las obras literarias del tipo *Conversaciones con...* se ha llegado a manifestar incluso que, sin tratarse de obras en colaboración, la autoría puede ser *divisible*, cuando la información transmitida por el conversador resulte ya ser una obra protegida⁸³. En este punto también habrá que tomar en consideración la propia actitud del entrevistado para con la obra resultante, si es de mera tolerancia para con el entrevistador sin pretensiones sobre la misma a la que quizá considere indigna de incluir en su producción o si estima que su participación debe ser recompensada con una cuota de coautoría⁸⁴.

El requisito de originalidad exigido en las entrevistas se corresponde con la misma exigencia que la jurisprudencia francesa requiere para la protección de los artículos y noticias de prensa a título de derecho de autor, asegurando protección únicamente a aquéllas que presentan un carácter

⁸³ En obras de este tipo es posible que la autoría corresponda a quien compone y redacta la obra; pero es igualmente posible que éste aparezca como factor instrumental en la creación ajena, v. gr., los versos de Goethe que Eckermann recoge en sus célebres *Conversaciones* (CARRASCO PERERA, "Comentario al artículo 5.º" cit., pág. 106). Aunque quizá este supuesto esté más próximo a las obras derivadas que a las obras en colaboración.

⁸⁴ Esto es lo que ocurrió en el caso *Estate of Hemingway v. Random House* (Court of Appeals of New York, 1968. 23 N.Y. 2d 341, 296 N.Y.S.2d 771, 244 N.E. 2d 250). En los últimos trece años de su vida, Hemingway mantuvo una estrecha amistad con Hotchner, un joven y desconocido escritor al que conoció por el hecho de escribir artículos sobre él. Durante estos años sus conversaciones tocaron temas como anécdotas, recuerdos, opiniones literarias y comentarios relevantes acerca de personas reales en las que algunos de los personajes de ficción de Hemingway se habían basado. Hotchner tomaba minuciosas notas de las conversaciones y ocasionalmente las grababa. Durante la vida de Hemingway, Hotchner escribió varios artículos sobre su amigo, citando extensamente algunas de sus charlas y contando con el beneplácito de Hemingway, incluso cuando le disgustaban los artículos en sí. Tras la muerte de Hemingway, Hotchner escribió "*Papa Hemingway*", retrato biográfico del renombrado autor publicado por la Random House. La viuda de Hemingway demandó a la Random House, entre otras causas porque "*Papa Hemingway*" consistía, principalmente, en un motivo literario compuesto por Hemingway sobre el cual tenía *copyright*; y porque su publicación constituía apropiación no autorizada de la obra de Hemingway y competía con sus otras creaciones literarias.

El demandado alegó que Hemingway nunca sugirió ni a él ni a nadie que considerase sus observaciones como "creaciones literarias" o que pensara restringir a Hotchner el uso de las notas y grabaciones que sabía que éste iba acumulando. Bajo estas circunstancias se estimó que la autorización para publicar debía ser implícita. BROWN & DENICOLA consideran que la Corte actuó correctamente al desestimar la demanda ("*Cases on Copyright, Unfair Competition, and Other Topics Bearing on the Protection of Literary, Musical, and Artistic Works*", 5.ª edición, Ed. The Foundation Press, Inc., Westbury, NY, 1991, 20).

original o nuevo que les haga entrar en el círculo de las obras literarias⁸⁵. En este punto hemos de recordar que la originalidad de las obras no se equipara a la calidad, condición esta última no exigida por el derecho de autor para otorgar su protección.

Así, si las respuestas del entrevistado carecen de originalidad la entrevista pertenecerá por completo al periodista. Más difícil será, en cambio, cuando la falta de originalidad sea debida al entrevistador y sea el propio entrevistado, quien con sus acertadas respuestas consiga elevar la entrevista a la categoría de creación. Una interpretación rigurosa nos conduciría a la autoría individual del entrevistado. Pero con ello se corre el riesgo de juzgar la calidad de las obras, riesgo, que las distintas legislaciones sobre propiedad intelectual siempre han tratado de evitar. Nos parece pues que en este caso se ha de tratar con generosidad al entrevistador, aunque su solo mérito sea haber elegido para su entrevista a un personaje suficientemente interesante como para "salvar" la originalidad de la entrevista.

Estaríamos también en presencia de un supuesto de coautoría cuando la persona entrevistada revisa y corrige las pruebas antes de la publicación⁸⁶. Incluso el propio DESBOIS admite la colaboración en ciertas entrevistas que se presentan en forma de diálogos, en las cuales se desarrolla un intercambio de ideas que cada uno de los interlocutores reviste de forma personal. Parece entonces conforme a la realidad considerar tal entrevista como una obra en colaboración, pues aunque las palabras emanen de quien las ha tenido en el transcurso de la conversación, al menos el plan se ha seguido y adoptado en

⁸⁵ LE TARNEC, "Manuel..." *cit.*, pág. 189 y ss. Curiosamente, el Tribunal del Sena (5 févr. 1954, *Gaz Pal.*, 1954.1.182) al reconocer la originalidad de cierta obra decidió que los artículos reproducidos *no siendo una simple entrevista* constituyen una verdadera crónica, un retrato de demoiselle Arletty... por el ritmo de sus diálogos y el carácter de sus anécdotas, lleva la marca personal de su autor. De esta decisión parece deducirse que una *simple entrevista* no puede aspirar a la categoría de obra creativa; llamaremos en adelante *simple entrevista* a aquella que no presente originalidad alguna.

⁸⁶ VAN BUNNEN, L., R.C.J.B., 1978, n.ºs 2 y 3, citado por BEREMBOOM, op. y *loc. cit.*

común⁸⁷. En estos últimos casos, las aportaciones de los coautores serán distinguibles y no susceptibles, por tanto, de explotación separada.

En puridad, también estaríamos ante una obra en colaboración en el caso de los debates o coloquios entre varios personajes, donde el periodista aparece como moderador. En ellos, por lo común, el moderador invita para hablar sobre un tema, planteando determinadas interrogantes al hilo de la conversación. Este género periodístico es muy frecuente en radio y televisión donde se retransmiten íntegramente tanto las aportaciones de los personajes invitados como la del moderador, que, en ocasiones, además tiene la tarea de elegir a éstos. Con todo, es de concluir que existe colaboración entre todos los participantes, no pudiéndose excluir de la calidad de autor ni al moderador ni a los contertulios.

En principio parece contradictorio que la compilación de entrevistas hecha por un periodista pertenezca en conjunto al periodista⁸⁸, aunque solamente respecto a lo que es la compilación en sí, su modo de disposición, y no respecto a las entrevistas singulares si éstas eran verdaderas obras en colaboración. Por eso se ha dicho que este tipo de obras puede ser incluido entre las "obras compuestas"⁸⁹. Estará por tanto sujeta al límite de no perjudicar los derechos del autor de la obra original; esto es, del mismo compilador-periodista y de cada uno de los entrevistados respecto a su propia obra en colaboración, por tanto para la legitimidad de esta última habrá que

⁸⁷ Este autor, tras negar en términos generales el carácter de obra en colaboración a las entrevistas, puntualiza como sin embargo este criterio debe ser tomado con precaución (*op. y loc. cit.* últimamente).

⁸⁸ En este sentido, MISERACHS lo contrapone a la coautoría sobre cada entrevista aislada (*op. y loc. cit.* últimamente).

⁸⁹ Así BEREMBOOM, tras considerar que el periodista es el único titular de la reunión de entrevistas de muchas personas, compara el entrevistador al autor de una antología o al adaptador de un libro a la pantalla, los cuales tienen cierta libertad creativa en la elección de los elementos que toman de la obra adaptada o compilada, con tal de que no desnaturalicen el pensamiento del entrevistado, ni falten al respeto de su personalidad (*op. y loc. cit.* últimamente). Aquí nos parece más dudosa la coautoría del entrevistado dado que no parece participar en la forma definitiva de la entrevista.

respetar los derechos de los coautores de las obras preexistentes.

En nuestra legislación encontramos un grave obstáculo para atribuir a las compilaciones de entrevistas la calificación de obra compuesta: el art. 9.º1 considera obra compuesta "*la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última...*". Esto es, en el supuesto enjuiciado, al participar en la obra nueva uno de los coautores (el entrevistador-compilador) se excluye la posibilidad de obra compuesta. En cambio, no hay obstáculo -como se verá en el capítulo III- para considerar que las colecciones de entrevistas son obras derivadas de las comprendidas en el art. 11.

Las colecciones de entrevistas, que constituyen la suma de varias obras en colaboración, necesitarán el consentimiento de cada uno de los entrevistados-coautores respecto de su propia entrevista. Además, las entrevistas deben ser insertadas en la versión definitiva que acordaron en el momento de la creación de cada entrevista particular; o pactar, en cada caso, la posible revisión de las mismas. Esto es, el entrevistador no podrá alargar o acortar estas entrevistas con el material sobrante que acaso el entrevistado y él mismo rechazaron para la fijación de la entrevista originaria. Todo lo más, podría introducir nuevos comentarios propios pero con la nitidez suficiente como para que no se confundan con la obra original. O colaborar otra vez con cada uno de los entrevistados para la revisión de las mismas.

Para terminar, debemos hacer mención a un dato que supone una excepción al régimen de la colaboración. Si los autores de una obra en colaboración pueden explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común, es conforme a los usos que el entrevistado dé las mismas respuestas a un ulterior entrevistador, incluso aquellas que fueron enriquecidas con la colaboración del primer periodista. Sería un caso de *indistinguibilidad* entre idea y forma.

2.2.1.4.- La obra escrita por otro.

No nos vamos a referir aquí a la problemática de los *negros* en su conjunto sino a aquellos casos en los cuales, aunque se trata de una obra escrita por quien no figura como autor, el autor putativo puede, en cambio, invocar cierta "coautoría". Nos referiremos al hecho, frecuente en los últimos tiempos, de "memorias", -escritas en primera persona-, que en realidad constituyen verdaderas biografías o a los reportajes y descripciones de los cantantes, deportistas, etc.⁹⁰

Tristemente, en este tipo de relatos parece que el público ya está predispuesto a admitir que existe un autoría encubierta⁹¹, y a tolerarla⁹².

El autor sólo puede lícitamente enajenar sus derechos pecuniarios: la renuncia de sus derechos morales sería negritud. El autor podrá, en cambio, renunciar a que su firma aparezca en la obra, igual que puede firmar bajo seudónimo (art. 14.2.º LPI y 6.º bis 1 del Convenio de Berna). Lo que ocurre es esta situación será claudicante, incluso cuando con ello incumpla unas obligaciones contractuales, y estará sujeta a que el autor, en cualquier momento quiera hacer valer su condición de autor o, en su caso, de coautor.

⁹⁰ GAUTIER se pregunta si excluir la legalidad de este tipo de pactos no sería un razonamiento demasiado elitista al aplicar como pura literatura relatos de valor intelectual menos evidente. Añade como usualmente al negro se le muestra el agradecimiento en la primera página de la cubierta ("*L'oeuvre écrite par autr*", RIDA, núm. 139, (1989), pág. 69).

⁹¹ Simone Signoret fue víctima de esta predisposición, cuando un escritor y un periodista -que posteriormente fueron declarados culpables- la difamaron alegando que "*La Nostalgia no es lo que era*", había sido escrita por un negro (*vid.* sentencia de la Corte de París de 5 de abril de 1979, en RIDA, núm. 102 (1979), pág. 140 y ss.).

⁹² La suplantación de paternidad llega a sus límites en los casos en que los herederos de autores famosos, como Ian Fleming o Margaret Mitchell, autorizan a determinadas editoriales para que escriban la secuencias de las obras de éxito que ellos escribieron. Edwin McDOWELL ha señalado como la legalidad se salva porque el nombre del nuevo autor aparece en la portada; pero, al mismo tiempo denuncia como también aparece en grandes caracteres el nombre del escritor fallecido ("*Sales Rise for Authors who Perish and Publish*", *The New York Times*, Monday, march 4, 1991, pág. D 6).

La situación se favorece porque las reglas de la colaboración pueden aplicarse igual aunque uno de los autores no haya firmado la obra⁹³, puesto que la firma solamente es una presunción de la autoría (art. 6.º LPI). Esto es lo que ocurrió en el, ya comentado, caso *Renoir v. Guino*; Ricardo Guino, que reclamaba su reconocimiento como coautor, había actuado como negro.

Se considera *colaboración efectiva* a la aportación del relato hecha por el biografiado a la que el negro le imprimirá la forma⁹⁴. Para ello este relato ha de exceder de las simples ideas no susceptibles de protección, y conllevar cierta elaboración. Es indiferente el modo en que dicho relato haya sido expresado, en forma de diálogos o monólogos, o si fue materializado o no en papel o cinta magnetofónica. Tampoco parece ser de trascendencia que el plan a seguir haya sido solamente determinado por el negro o que haya colaborado también el "autobiografiado".

Del mismo modo, será también *colaboración efectiva* la contribución del negro que, partiendo de unos hechos que le han sido suministrados, da cuerpo a una verdadera creación literaria a la cual le imprime su propio estilo.

No habrá, en cambio, colaboración si el papel del negro se limita a corregir la pesadez y las imperfecciones del autor, titular único en el momento de la expresión; su trabajo, siendo puramente material, no puede ser considerado una verdadera obra del espíritu⁹⁵. Como hemos señalado en repetidas ocasiones, no podrá existir ni autoría ni colaboración sin una cierta

⁹³ En este sentido, recuerda MONNET ("*Nouveau Memento...*" cit., pág. 44) que tal fue el caso de Alejandro Dumas padre al colaborar con Auguste Maquet, cuya consecuencia práctica fue que el punto de partida para la caída de la obra en dominio público fue la muerte de Maquet que falleció el último (Trib. civ. Seine, 31-5-1939. Gaz. Pal., 39, 2, 208).

⁹⁴ No parece estar de acuerdo CARRASCO PERERA al señalar que la persona cuya *vivencia* es aprovechada por un tercero (biografías, etc.), aunque la propia vivencia sea transmitida en forma de información oral o escrita, *no crea* en el sentido del art. 5.º de la Ley; si bien, considera que no se puede excluir que se trate eventualmente de una obra en colaboración ("*Comentario al art. 5.º cit.*", pág. 105 y 106).

⁹⁵ GAUTIER, *op. cit.*, pág. 75.

autonomía.

El problema enjuiciado puede plantearse también desde otra perspectiva: si quien ofrece el material relatado al negro no es quien lo redactó sino un tercero, normalmente un editor que adquirió dicho material. La doctrina y la jurisprudencia francesas consideran que en este supuesto también puede encontrarse un caso de colaboración⁹⁶.

Por nuestra parte, tenemos algunas reservas a la hora de calificar una obra así elaborada de obra en colaboración; precisamente porque el material del relato, como señalábamos, es suministrado por el editor, de forma que resulta dudosa la colaboración actual, el intercambio de pareceres entre los dos posibles coautores⁹⁷. En semejantes supuestos, nos parece también digna de consideración la posibilidad de que se trate de una obra derivada⁹⁸, sobre

⁹⁶ Esto es lo que ocurrió en la sentencia de la Corte de París de 10 de junio de 1986 (vid. junto con las observaciones que a la misma hace COLOMBET en RIDA, núm. 133 (1987), pág. 193 y ss.). Un editor empleó a un profesional para que "reescribiera" las futuras obras de su fondo editorial, recibiendo a cambio un salario y un porcentaje sobre las ventas. En cumplimiento de dicho contrato, el negro redactó varias "autobiografías" entre las cuales se encontraba la de Patrick Ségal, la cual obtuvo un gran éxito incluso en el extranjero. El negro se consideró lesionado y pidió al editor un reajuste de la remuneración. Tras infructuosas negociaciones, demandó al editor solicitando el reconocimiento de su calidad de autor y una cuantiosa indemnización. El Tribunal de Primera Instancia desestimó sus pretensiones que fueron admitidas posteriormente por la Corte de París.

Los jueces le reconocieron la calidad de coautor de una obra en colaboración considerando que había concurrido directamente con Segal a la relación y expresión de las aventuras de éste, puesto que el trabajo del negro había excedido de una simple ordenación material para constituir una verdadera transformación sistemática y profunda del núcleo original, mediante innumerables supresiones, inversiones, adjunciones, sustitución de frases y párrafos enteros, etc. En la obra, además, se encuentra su estilo propio y común al resto de sus obras.

COLOMBET se muestra también partidario de la calificación de obra en colaboración dada por la sentencia.

⁹⁷ Y ello, *mutatis mutandis*, por las mismas razones por las que la doctrina negaba la posible colaboración en *kniáz Igor* entre Borodín y sus amigos Moussorgski y Rimski-Korsakov: imposibilidad actual de colaboración.

⁹⁸ Sin embargo, este extremo no fue debatido en la sentencia.

todo cuando el material preexistente a la realización de la obra definitiva⁹⁹. La discusión no es baladí, pues de la solución que demos dependerá, entre otras cosas, la duración del período de protección.

Antes de dar una solución precipitada debemos recordar un supuesto similar: en muchas óperas y obras líricas, -obras en colaboración por excelencia-, el compositor, valiéndose de los monstruos (versos sin sentido que el maestro compositor escribe para indicar al libretista dónde ha de colocar el acento en los cantables), escribe primero la música encargando después la letra a un libretista con el cual tampoco tiene necesidad de colaborar materialmente.

La diferencia entre este caso y el que ahora nos ocupa, reside en que en el primero no cabe duda sobre la calificación de creación de la composición musical, frente al segundo supuesto en el cual los "escritos" originales parecerían estar más cerca del boceto o proyecto que de una obra preexistente. Pero sin embargo, esta diferencia es relativa, pues de un aparte, el boceto, al igual que si se tratase de una obra acabada, está protegido por la propiedad intelectual; de otra, la obra inacabada es susceptible de formar una obra compuesta con la adición del final por otro autor¹⁰⁰.

En la legislación estadounidense, la calificación de la obra en colaboración viene determinada de una forma tan subjetiva como lo es la *intención de los autores al tiempo de la creación* de que sus respectivas contribuciones serán combinadas en una sola obra¹⁰¹. Esta intención debe ser

⁹⁹ Así, en la sentencia que comentamos, existían unos escritos previos y algunas grabaciones de Segal, que bien pudieran ser considerados "obra preexistente". De hecho, la prueba pericial iba enfocada a comparar este manuscrito con la versión definitiva del negro.

¹⁰⁰ Vid. *infra* al referirnos a las terminaciones *post mortem*.

¹⁰¹ WEINSTEIN observa que no importa si la combinación de las partes ocurre inmediatamente después de la creación o semanas, meses o años más tarde ("*How to Protect...*" cit., págs. 37 y 38). GOLDSETIN añade que los colaboradores no necesitan estar temporal o físicamente próximos para crear una obra en colaboración ("*Copyright*" cit., pág.

legítimamente concreta, relativamente no especulativa y si no está definida, ha de ser, al menos, algo más que una mera esperanza o expectativa¹⁰².

Aunque nuestra Ley no menciona la *intención de colaborar* de forma explícita podríamos, sin embargo, dar cabida a esta interpretación: puesto que corresponde al creador determinar cuándo está terminada su obra, el autor de una aportación singular -aunque sea explotable separadamente- podrá estimar que la obra no estará terminada hasta que se le incorpore otra u otras aportaciones. Enfocado el tema desde esta óptica, permite una mayor flexibilidad en los supuestos en los cuales no ha habido coetaneidad en la creación de las aportaciones¹⁰³.

En el caso de Segal, podemos decir con bastante seguridad que los escritos originales habían sido creados con la intención de que fueran incorporados a una contribución literaria que los ennobleciera y que antes de dicha incorporación el autor del borrador no consideraba "terminada" su obra. Lo mismo podemos decir del compositor de óperas, etc. Sin embargo, cuando falte o no conste de manera suficiente esta intención, la suma de la segunda aportación dará lugar a una obra derivada. De este modo, llegamos a la misma conclusión que los Tribunales franceses, que en el caso de Segal había habido una colaboración.

375).

¹⁰² MILLER & DAVIS, "*Intellectual Property...*" cit., pág. 373.

¹⁰³ Aunque sin plantearlo en estos términos, PEREZ DE ONTIVEROS no parece admitir nuestra postura, puesto que para esta autora la colaboración presupone necesariamente un acuerdo de voluntades que ha de ser anterior o coetáneo a la creación ("*Derecho de autor: La facultad de decidir la divulgación*", Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 286). Pues bien, consideramos que podría admitirse que dicha creación no estuviera culminada hasta que la primera contribución fuera incorporada a otra u otras que la completaran.

2.2.2.- Imposibilidad de aplicar a la cooperación de varias personas jurídicas el régimen de la colaboración.

Ante el silencio que guarda nuestra Ley al no exigir, como hace la francesa, en el art. 7.º que los autores de la obra en colaboración sean personas naturales, algún autor se ha planteado si pudiera existir la coautoría de las personas morales¹⁰⁴. Sería el caso, p.e., de un *Atlas* creado con las aportaciones de dos personas jurídicas¹⁰⁵; que a su vez, cada una de ellas habría sido creada en régimen de obra colectiva.

No consideramos que se pueda hablar en sentido estricto de colaboración de personas morales. Además de que la interpretación sistemática que relaciona las obras en colaboración con el art. 5.º, que solamente considera autor a la persona natural, por las siguientes razones:

a) Porque todo el régimen de las obras en colaboración está pensado bajo la consideración del autor como persona natural. (Prueba de ello es que el art. 28.1 establece el plazo de duración de los derechos de explotación de la obra en colaboración en base a la *muerte* del último coautor; b) Porque teniendo en cuenta la fuerte influencia que la Ley francesa ha tenido en la redacción la nuestra, especialmente, en el régimen de las obras complejas, resulta más congruente interpretar esta omisión en el sentido de que nuestro legislador no ha pretendido apartarse en este punto del modelo francés, sino que ha considerado superfluo insistir sobre la necesidad de que los colaboradores sean personas naturales.

En consecuencia, no estamos ante un caso de colaboración sino de

¹⁰⁴ MIQUEL GONZALEZ, "*Comentario...*" *cit.*, pág. 124. La razón que da para no admitir esta posibilidad es que aunque el art. 7.º se refiere solamente a los autores, el art. 5.º sólo considera "autor" a la persona natural; aunque este autor no se considera satisfecho con esta interpretación, a nosotros nos parece suficiente.

¹⁰⁵ V. gr., "*Atlas of the World*", 2.ª revised edition, Ed. The New York Times in collaboration of The Times of London, London-New York, 1991.

coedición, en cualquiera de las modalidades¹⁰⁶ reguladas por los arts. 27 y ss. de la Ley del Libro. La obra así creada, generalmente, será una obra colectiva y, por tanto, la duración de los derechos de explotación será de sesenta años a contar desde el momento de su divulgación (art. 28.2 LPI), computándose desde el primero de enero del año siguiente a dicha divulgación (art. 30).

¹⁰⁶ Vid. DESANTES GUANTER, J. M.: *"La relación contractual entre autor y editor"*, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1970, pág. 61 y ss.

3.- RELACIONES INTERNAS ENTRE LOS COAUTORES.

Una vez determinada la existencia de la obra en colaboración, corresponde precisar las normas por las que han de regirse los coautores entre sí.

En lo que se refiere a la disponibilidad y a la modificación de la obra en colaboración, se requiere que los acuerdos sean tomados por unanimidad. Esto es así porque los derechos de propiedad intelectual que corresponden a cada autor se encuentran limitados y condicionados por los derechos de los demás coautores de tal forma, que se hace preciso el consentimiento de todos ellos para divulgar y modificar la obra común.

Paralelamente, las reglas relativas a la comunidad de bienes también exigen unanimidad para verificar los actos que exceden de la administración o que alteren sustancialmente la cosa (C.c., arts. 398, *a contrario*, 397).

En el aspecto moral, la unanimidad se exige porque la pluralidad de autores hace necesario conjugar los intereses individuales de cada uno de los coautores con los de la propia comunidad y el interés general de ver divulgada la obra. La imposibilidad de compaginar dichos intereses exige que el régimen interno de la colaboración quiebre con algunos de los principios más sagrados de la Propiedad Intelectual, como el derecho a decidir sobre la divulgación o modificación de la obra, correspondiendo en último lugar al Juez ponderar las circunstancias y resolver en consecuencia a favor de la divulgación o modificación de la obra o de su paralización, por considerar oportunas las demandas del coautor disidente.

En el plano económico las tensiones fundamentales serán consecuencia de la idoneidad o no de los pactos entre los coautores del reparto de las cuotas de participación de cada uno de ellos y de la aplicabilidad, incluso, del régimen de la comunidad de bienes o del societario.

Para acometer el tema de las relaciones internas entre los coautores nos ha parecido que lo más oportuno sería comenzar por analizar hasta dónde cabe hablar de comunidad de bienes dentro de la colaboración, (puesto que a pesar de que dichas normas rigen sólo de manera supletoria, de la configuración real que le demos a dichas obras dependerá el alcance de algunas de las normas contempladas en la LPI); seguir con la disponibilidad sobre el conjunto de la obra, la explotabilidad separada de las aportaciones y la duración de los derechos de explotación.

3.1.- Comunidad de derechos.

Para precisar la noción de *comunidad*, debemos tomar como punto de partida el concepto de *titularidad*, el cual, como fijara FERRARA, "es la conexión de un derecho con un sujeto"¹⁰⁷, o sea, la relación vinculatoria o de pertenencia existente entre uno y otro. En la mayoría de los casos cada derecho tiene un solo sujeto, lo cual constituye "la ameba de la zoología jurídica", en la famosa expresión de CARNELUTTI¹⁰⁸.

Recogiendo la doctrina anterior, se ha justificado que la técnica jurídica tienda a consagrar, como línea general en toda la teoría del derecho subjetivo, la unidad del sujeto ya que el derecho subjetivo es, en principio, exclusivo¹⁰⁹. Efectivamente, la característica de los derechos ostentados por un solo titular es la nota de exclusividad. Sin embargo, ciertos derechos pueden pertenecer a varios sujetos simultáneamente y, entonces, el titular pasa de singular a plural, dándose una complejidad en el elemento subjetivo de la relación jurídica y transformándose la titularidad de simple en

¹⁰⁷ "Trattato di diritto civile italiano", vol. I, Ed. Athenaeum, Roma, 1921, pág. 448.

¹⁰⁸ "Personalità giuridica e autonomia patrimoniale", RD Comm., 1913, I, pág. 125.

¹⁰⁹ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: "La comunidad de bienes en el Derecho español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 19 y ss. En el mismo sentido, GARCIA AMIGO ha manifestado que esta relación observada *ab extra*, excluye absolutamente toda conexión de cualquier otro sujeto jurídico con el objeto de referencia ("Condominio pro diviso o propiedad separada", RDP, 1974, pág. 175).

compuesta, porque es a una pluralidad de sujetos a quien compete¹¹⁰. En estos casos en que el derecho, en vez de pertenecer a uno, pertenece a varios podemos hablar de *cotitularidad* o comunidad en sentido amplio, en cuyo supuesto en lugar de un sujeto singular existe un sujeto plúrimo o plural¹¹¹. En este sentido amplio comprende tanto los casos en los que una misma titularidad corresponde a varios sujetos, como aquellos otros en los que varias titularidades concurren sobre una misma cosa o complejo de cosas.

Comunidad en sentido estricto o técnico, como la propia restricción del término denota, no admite todos los supuestos incluidos en la cotitularidad o comunidad en sentido amplio; por ello se ha dicho que aquélla constituye una subespecie de ésta¹¹². La comunidad en sentido estricto se dará tan solo cuando el objeto no se pueda diversificar en varias utilidades, ya que si así no fuera nos hallaríamos en presencia de una comunidad "pro diviso". Se trata, por tanto, de un derecho que es compartido por varios sujetos, a cada uno de los cuales corresponden titularidades cualitativamente iguales en igual o desigual participación cuantitativa. El concepto estricto de comunidad conduce a reducir su ámbito de aplicación a los derechos reales ya que en los derechos de crédito rige la regla de que la deuda se divide (*concurso partes fiunt*), dando lugar a otros tantos derechos parciales autónomos,

¹¹⁰ GARCIA GRANERO, J.: "Cotitularidad y comunidad. «Gesammte Hand» o comunidad en mano común", RCDI, 1946, pág. 146 y ss.

¹¹¹ Pues bien, BELTRAN DE HEREDIA recoge unas ideas de la doctrina alemana que nos sirven igualmente para la comunidad formada por la colaboración de varios coautores: cuando la doctrina emplea el término *comunidad* en este sentido genérico está aludiendo a dos cosas distintas que fácilmente se entrecruzan y confunden: a) En primer lugar, al objeto que es común. Está por tanto referido simplemente a la pertenencia del objeto con respecto a su titular y como simple *estado* pertenece a la *estática patrimonial*; b) En segundo lugar, las *relaciones jurídicas* que nacen de la coparticipación son siempre de carácter obligatorio, de manera que sin destruir el elemento real u objetivo, hacen posible la *conurrencia y convivencia* de varios titulares conjuntamente sobre uno o varios objetos. Presupone la existencia de un sistema de obligaciones, una determinada actividad de los diferentes titulares que actúan conjuntamente, y en relación unos con otros y, como consecuencia de ello, pertenece a la *dinámica patrimonial* (*op. y loc. cit. últimamente*).

¹¹² GARCIA GRANERO, *op. cit.*, pág. 154.

mientras que la comunidad supone la existencia de un derecho compartido por varios titulares sobre la misma cosa indivisa¹¹³.

Llegamos así a la *copropiedad* o *condominio* que es la comunidad en la titularidad del derecho de propiedad, que constituye, por tanto, una especie dentro del género de la comunidad¹¹⁴.

Si la copropiedad es una especie de comunidad y esta a la vez lo es de la cotitularidad, en principio, sería más correcto hablar en las obras en colaboración de *cotitularidad* y no restringirla solamente al supuesto de *copropiedad*. En efecto, si varios autores colaboran en la realización de una obra siempre dará lugar tal colaboración a una *cotitularidad*, p. e. una canción en la que cada uno de sus partes componentes las realizan personas distintas y que en su conjunto forman una obra común; no hay copropiedad ya que las titularidades que comparten son cualitativamente distintas; si habrá, en cambio, *cotitularidad*.

Ahora bien, como quiera que debemos contemplar su resultado y no su génesis, resultará que la obra definitiva realizada en colaboración le corresponde a todos los que intervinieron en su formación, cuya propiedad comparten por lo que, en definitiva, pueden considerarse como auténticos copropietarios con igual alcance cualitativo. De ahí que pueda hablarse de auténtica *copropiedad* y no de simple *cotitularidad*.

Que la obra en colaboración supone una copropiedad se deduce asimismo en el art. 7.º4 de la LPI al remitir a las reglas establecidas para la comunidad de bienes; esto es, a los artículos 392 y ss. del C.c., que en

¹¹³ En este sentido, FERRARA, L.: "*Teoría de las personas jurídicas*", citado por BELTRAN quien mantiene un planteamiento análogo (*op. y loc. cit.* anteriormente).

¹¹⁴ ESPIN CANOVAS, D.: "*Manual de Derecho civil*", vol. II, 6.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pág. 250.

realidad están regulando la copropiedad¹¹⁵.

En esta línea el art. 7.º1, al describir la obra en colaboración establece que los derechos sobre la misma "*corresponden a todos los autores*"¹¹⁶, lo que, *a priori* apunta hacia la comunidad y más en concreto hacia la copropiedad. Posteriormente, el apartado 4 del mismo artículo remite en lo no previsto en esta Ley a las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes. Pero, ¿son necesarias estas remisiones para apreciar la existencia de la comunidad en la obra en colaboración?

La comunidad de derechos sobre la obra en colaboración surge precisamente en el momento en que tal obra se crea; hasta entonces todo lo más existe un acuerdo en tal sentido. La creación es un modo originario de adquisición de la propiedad. Ha sido comparada con la "*occupatio*" de la época arcaica¹¹⁷. La diferencia entre ambas consiste en que frente a la

¹¹⁵ Cuestión a parte es la titularidad que corresponda, en su caso, a los coautores por las distintas aportaciones que sean separadamente explotables. Aunque el art. 7.º3 LPI no excluye que por medio de pacto, los autores puedan convenir también la copropiedad sobre las aportaciones individuales, a falta de pacto, la titularidad sobre las mismas será exclusiva de cada coautor y podrá explotarla siempre que no cause perjuicio a la explotación común.

¹¹⁶ Interesante es destacar que dicho artículo, en el Proyecto de 1986 hacía referencia expresamente a que los derechos sobre la obra en colaboración correspondían a los autores *en comunidad*; prosperó, sin embargo, la enmienda núm. 209 de Coalición Popular presentada en el Congreso que proponía su supresión y que se justificaba en que "*no es conveniente restringir la voluntad de los coautores a la participación sólo en comunidad*". Para MIQUEL GONZALEZ esta enmienda tiene un sentido equívoco y su supresión puede ser congruente con una mala asimilación de la comunidad de bienes a los derechos de autor, dejando abierta además la posibilidad de una sociedad entre los coautores; aunque resalta este autor que tampoco hubiera sido un obstáculo porque comunidad y sociedad no son incompatibles ("*Comentario...*" *cit.* pág. 133 y 134).

¹¹⁷ En este sentido RECHT, al desarrollar su teoría de la *propiedad-creación*, considera que al igual que para el hombre primitivo la posesión natural y directa sobre sus ropas y sus armas -que estaban como adheridas a su persona, "*quae assibus unhaerent*", y que por ello debían desaparecer con él, quemándolos o enterrándolos según sus creencias-, el autor se adueña de su creación, y se apropia por "*occupatio*". Hace con ella lo que le plazca; puede incluso destruir el manuscrito o hacer afícos la estatua que ha esculpido. Nadie se lo puede impedir ("*Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et Théorie*", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, pág. 190 y ss.; para una visión resumida de su pensamiento, véase el estudio que publicó bajo el mismo título en *Le Droit d'Auteur*, mayo 1969, pág. 94 y ss.). Entre nosotros, GITRAMA estima que el autor, en

"*occupatio*" que exige la existencia anterior de la cosa sin dueño, en la "*creación*" la obra aparece *ex novo* en la realidad física como producto de la actividad de su autor, a quien por ello le pertenece.

La obra en colaboración como creación original¹¹⁸ pertenece a sus autores que la adquieren en virtud de esa misma creación; pero al ser el producto de una pluralidad de creadores, no les pertenece en la misma medida que si fueran autores individuales. Podríamos decir que el modo de creación de la obra en colaboración se asemeja a la *mezcla* o *confusión* de cosas. Establece el art. 381 del C.c. que "*si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas*".

Puesto que una obra en colaboración no puede crearse "*por casualidad*" sino que será necesaria cierta voluntad de los autores, el referido artículo engloba tanto las obras cuyas aportaciones son indivisibles e inescindibles con aquellas otras en las cuales las contribuciones de cada coautor pueden ser explotables separadamente, no entrando en juego la regla que faculta la separabilidad de las aportaciones cuando ésta no provoca detrimento¹¹⁹. Por consiguiente, al igual que la comunidad ordenada por el art. 381 comienza desde el momento en que se verifica la mezcla, la obra en colaboración aparece también cuando tiene lugar la suma de las aportaciones

cuanto creador que es de algo que no existía, se apropia de su obra por un hecho semejante a la "*occupatio*" ("*El Derecho y el Libro*", Ed. I.N.L.E., Valencia, 1972, págs. 9 y 10).

¹¹⁸ También la propiedad sobre la obra derivada se adquiere a título originario. El requisito de la autorización del autor de la obra preexistente, no opera como una cesión sino como un presupuesto para su legitimidad.

¹¹⁹ La explotabilidad independiente de las aportaciones, consecuencia de la naturaleza inmaterial del objeto, es independiente de la existencia imperecedera del conjunto de la obra en colaboración. A este respecto, señala MIQUEL GONZALEZ que la obra, una vez creada, podría decirse que, como entidad espiritual que es, es inmortal (*op. y loc. cit.* anteriormente).

particulares¹²⁰; hasta ese momento, los autores pueden disponer de sus contribuciones como si se tratara de obras individuales.

Las obras en colaboración son creadas en el seno de la comunidad¹²¹, con independencia de la existencia de pactos anteriores entre los futuros coautores que pudieran situarnos ante las reglas de la sociedad. Dichos pactos estarían condicionados suspensivamente a la creación efectiva y única de los referidos coautores pactantes. Si, posteriormente, alguno de los que prometió su contribución no llega a aportarla, serán los demás coautores los que tengan acción contra él y no la sociedad. Si otro que no hubiera tomado parte en el contrato de sociedad participa después en la creación de la obra, será coautor-comunero y, por tanto, a falta de lo previsto por la LPI se aplicarán las normas de la comunidad de bienes.

Con referencia a la obra en colaboración, si los futuros coautores constituyen una sociedad, comprometiéndose cada uno a aportar determinadas contribuciones, existirá un contrato de sociedad desde ese momento y los contratantes quedan vinculados a las obligaciones contraídas. Sin embargo, para que haya comunidad es preciso esperar a que la obra sea efectivamente creada, pues no basta con que cada uno entregue su aportación sino que será necesario además que se produzca un ensamblaje tal, que las aportaciones sean integradas en una única creación. Además, los pactos previos al nacimiento de la comunidad no generan por sí una sociedad puesto que carecen de personalidad jurídica.

¹²⁰ La Corte de Bruselas, en sentencia de 14 de diciembre de 1892 (B.J., 1894, pág. 50), estimó que la prohibición de insertar una aportación en otra obra no tenía lugar hasta que la obra no estuviera acabada; hasta ese momento, las aportaciones no formaban todavía una obra en colaboración.

¹²¹ Ahora bien, como ha puesto de manifiesto PEÑA, la peculiar naturaleza del derecho de autor -que en su núcleo esencial, el de facultades personales, es personalísimo- y la singular naturaleza de determinados tipos de colaboración, impiden la total asimilación al condominio ("*Comentarios a los artículos 428 y 429 cit.*", pág. 809). Pero, precisamente por esta especial naturaleza tampoco se obviarían los problemas en el seno de la sociedad.

La obra en colaboración, como creación, sólo puede nacer para el Derecho en el marco de la comunidad pues, como modo de adquisición originario que es, no resulta concebible que surja a través de un contrato, ni de sociedad ni ningún otro. Por otra parte, el párrafo 2 del art. 392 del C.c. contempla la posibilidad de que, sin dejar de ser comunidad, se rija por contratos -que pueden ser de sociedad- o por disposiciones especiales, de manera que es posible que ambos regímenes se superpongan.

De aquí, las reservas que plantea la regla contenida en el art. 7.º, al proclamar la libertad de pacto para determinar la proporción de cada coautor sobre la obra. En rigor significa una limitación al principio expresado en el artículo 1.º de la Ley, porque en alguna medida la propiedad intelectual no corresponde al coautor por el solo hecho de su creación sino que, en parte, le corresponde por pacto¹²².

3.1.1.- Comunidad y sociedad.

Pese al nacimiento de la obra en el seno de la comunidad, es frecuente que exista un trasfondo societario. Así el propio art. 7.º hace referencia a disponibles modalidades de pacto dejando total libertad para pactar sobre la explotabilidad separada de las aportaciones individuales y para determinar la cuantía de las participaciones¹²³, aunque nada obsta a que convengan otros pactos que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las normas imperativas contenidas en la LPI. Tampoco hay óbice para que los coautores decidan constituir una sociedad, pues como ha manifestado algún sector doctrinal, el art. 1.669 del C.c. nos lleva a una consecuencia

¹²² MIQUEL GONZALEZ ("*Comentario ...*" cit., pág. 132) para quien, a pesar de ello, constituye una regla práctica que evita difíciles cálculos y valoraciones.

¹²³ Como ya dijimos, los límites a esta libertad están en los arts. 1.º, 5.º y 6.º según los cuales no podrá ser excluido ninguno de sus creadores y solamente éstos podrán tener la condición de coautor.

importante: comunidad y sociedad no son figuras incompatibles¹²⁴.

A su vez, otros entienden que sólo impropriamente puede la sociedad ser considerada como un acto de cotitularidad, pues en virtud de la atribución de la personalidad jurídica, existe una titularidad única y distinta de los sujetos individuales que la forman¹²⁵. Por eso las patentes diferencias entre ambas figuras, no deben llevarnos al error de no ver, lo que antes señalábamos, la necesidad de superposición en ocasiones de ambos regímenes jurídicos y cómo existen normas comunes a ambas instituciones¹²⁶.

En referencia a la legislación italiana sobre obras en colaboración ha señalado GRECO¹²⁷ que no resulta de la misma limitación alguna a la autonomía negocial de los autores ni, por tanto, a la selección del tipo de contrato de cambio o de base asociativa que resulte más adecuado a las circunstancias. El más indicado para reflejar las relaciones de la colaboración parecería el contrato de sociedad, contra el cual todavía se apuntan prevenciones injustificadas que a veces establecen equívocos. Es un equívoco, p. e., excluir la sociedad porque puede derivar, en un caso concreto en títulos diferentes, contractuales y no contractuales: uno de ellos es típicamente el contrato de sociedad cuando da lugar a una persona jurídica.

¹²⁴ MIQUEL GONZALEZ, J. M.: "Comentario al artículo 392" en "Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales", dirigidos por ALBALADEJO, tomo V. vol. II, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág. 39, donde señala como en dicho supuesto deben aplicarse las normas de la comunidad y las de la sociedad. Vid. también del mismo autor, "Comentario al art. 7.º *cit.*", pág. 132. Recalca de nuevo la compatibilidad entre la comunidad y la sociedad refiriéndose en concreto a las obras en colaboración; añade que sus respectivos regímenes jurídicos pueden ser aplicados simultáneamente, aunque a aspectos diversos de la situación.

¹²⁵ BELTRAN DE HEREDIA, *op. cit.*, págs. 4, 26, 39 y 56, donde señala que la comunidad y sociedad no sólo son conceptos distintos sino incompatibles entre sí.

¹²⁶ La confrontación de los arts. 392 y 1.665 del Código civil muestra a las claras que en una y otra institución palpa la nota de comunión de bienes y derechos, del mismo modo que el examen de los arts. 406 y 1.708 demuestra que la participación entre los comuneros o socios se rige por las reglas de las herencias (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: "Comentarios al Código civil español", tomo III, 7.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1952, pág. 500 y ss.).

¹²⁷ "Collaborazione..." *cit.*, pág. 17 y ss.

En la comunión sobre el derecho de autor tenemos un haz de derechos de naturaleza indivisible que recaen sobre cada uno de los coautores, estando estos derechos recíprocamente limitados porque inciden en una obra que representa un todo único y cuyo disfrute económico se lleva a cabo en común. Además, a cada coautor le compete virtualmente la pretensión de aprovecharse por entero de la obra, porque la contribución de cada colaborador en particular sería suficiente para justificar su derecho sobre la obra entera, si no existiera el derecho de los otros autores. La actividad que corresponde a los autores consiste en una actividad dirigida a la consecución de un lucro.

Por estas razones se ha sostenido también que no se trata de comunión, sino de una verdadera y propia sociedad entre varias personas que convienen asociar su actividad intelectual para crear una obra en común, permaneciendo luego asociados para el disfrute en común el ejercicio de los derechos exclusivos, generalmente con el fin de dividir las ganancias¹²⁸.

No nos parece correcto exagerar la importancia del ánimo lucrativo en la obra en colaboración. En la propiedad intelectual, el ánimo de lucro no aparece *prima facie* pues, siguiendo un criterio temporal, los derechos patrimoniales no nacen hasta que el autor ejercita de forma positiva su derecho a divulgar. Dentro de la obra en colaboración, esta situación se manifiesta en la exigencia legal del consentimiento unánime de todos los coautores para la divulgación de la obra¹²⁹.

¹²⁸ PIOLA-CASELLI y otros, "*Diritti di autore*" cit., pág. 686., aunque admiten la aplicación de las normas de la comunidad como consecuencia del reenvío específico a las mismas que hacen las reglas de la obras en colaboración.

¹²⁹ En esta misma línea, señala ASCARELLI que la comunidad no es la consecuencia de una voluntaria aportación con la finalidad del ejercicio de una actividad, sino el hecho de la concurrencia en la creación de una obra del ingenio o del consentimiento para que una obra del ingenio pase a formar parte de una obra compleja, independientemente del ulteriores calificativos; y precisamente por esto es por lo que la Ley interviene con una disciplina especial que no tendría, en cambio, razón de ser si este consentimiento implicase por sí mismo una aportación en sociedad ("*Teoría de la concurrencia...*" cit., pág. 721).

Ahora bien, hay que tener muy en cuenta que como consecuencia de la naturaleza inmaterial de la creación, no son aplicables a la obra en colaboración, ni todas las normas relativas a la comunidad de bienes, ni todas las reglas de la sociedad.

En cuanto a las normas de la comunidad de bienes materiales inaplicables a las obras en colaboración, tenemos la imposibilidad de ejercicio por parte de los coautores de la *actio communi dividundo* y del retracto de comuneros¹³⁰.

Estos dos mecanismos responden a la creencia del legislador de que la comunidad es un estado indeseable que se ha de tender a evitar¹³¹, facilitando bien la salida de la comunidad mediante la división de la cosa, bien la agrupación de los derechos en las mismas manos por medio del retracto. Pero esta generalización de la comunidad como algo antieconómico es

¹³⁰ La aplicabilidad del retracto de comuneros al caso de las obras en colaboración parece un caso de laboratorio, pues resulta difícil imaginar que haya cesionarios dispuestos a comprar una cuota de la obra, cuando los derechos morales y patrimoniales permanecen en manos de los coautores. Sin embargo, si resulta creíble que un coautor ceda sus aportaciones susceptibles de explotación separada. En base a la configuración actual del retracto no parece justificada la aplicación del mismo.

Si, históricamente, el tanteo y el retracto se justificaban en intereses supraindividuales (al sopesar, por un lado, tanto el principio de que la propiedad es libre como el de la libertad de contratación, y por otro, el que estos derechos tutelan intereses supraindividuales de tipo familiar o social), en la actualidad, la tendencia es primar el interés público o social. Los retractos que se basan en intereses supraindividuales que no sean generales de la sociedad, o cuya repercusión social ha desaparecido, son ahora objeto de crítica y desaprobación (COCA PAYERAS, M.: "*Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*", Ed. Publicaciones Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1988, pág. 126 y ss.).

Con referencia al posible retracto de los coautores-comuneros sobre las aportaciones explotables separadamente, no consideramos que exista ninguna razón de interés público o cultural que lo justifique. Más bien al contrario, puesto que la cesión de derechos sobre la aportación separadamente explotable va encaminada a la difusión de la obra. De otra parte, puesto que el art. 7.º3 da total libertad a los coautores para que convengan lo que consideren más oportuno en relación a sus contribuciones respectivas sería contradictorio establecer por analogía una restricción a esta libertad.

¹³¹ Así, BRANCA & SCIAJOLA entienden que el derecho a la división no es más que un efecto del disfavor legislativo contra la comunidad ("*Comunione. Condominio negli edifici. Arts. 1.100-1.139*" en "*Commentario del Codice civile*", Ed. Nicola Zanichelli Editore Soc. Ed. Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1982, pág. 271).

equivocada. Existen también comunidades ventajosas, como los elementos comunes de la propiedad horizontal, la medianería y otras¹³². Pues bien, también podemos decir que la comunidad sobre la obra en colaboración supone una comunidad ventajosa.

En la obra en colaboración sería un sin sentido excluir la comunidad por esta característica que consiste en la ausencia de vinculación jurídico-obligacional a mantener la situación de comunidad, y considerar que por ello se trata de una sociedad. Se llegaría al absurdo de que, si se disolviera la sociedad por cualquiera de las causas previstas en el art. 1.700 del C.c. - excepto la relativa a la pérdida de la cosa-, los coautores retornarían al régimen de la comunidad de bienes del cual ya no podrían escapar salvo que pactaran la constitución de otra sociedad.

La calificación de la obra en colaboración como sociedad encuentra uno de los mayores obstáculos en que los coautores, al tiempo de constituir la sociedad, no pueden disponer actualmente de todas las modalidades de explotación futuras. Así, el art. 43.5 dispone que *"la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión"*. La constitución de la sociedad supondría una aportación de derechos de los coautores a la sociedad por ellos constituida.

Tampoco resulta evidente que el derecho de transformación de los coautores sobre la obra creada en colaboración sea cedido a la sociedad, pues se burlaría así el art. 7.º 2 LPI que *para modificar la obra requiere el consentimiento de todos los coautores*. Entendemos que el referido consentimiento no puede otorgarse *a priori* y, menos aún, en unos términos tan generales que comprendan todo tipo de transformaciones. En materia de cesión de la facultad de divulgación ha de tenerse presente que la facultad

¹³² MIQUEL GONZALEZ, "Comentarios a los artículos 428 y 429" cit., pág. 441 y ss.

moral de respeto a la integridad de la obra puede quedar comprometida.

Como consecuencia, aun cuando los coautores constituyan una sociedad, quedará siempre un haz de facultades que no podrían ser aportados a la sociedad y, consiguientemente, si dichos derechos se hicieran actuales pertenecerían a los coautores en sociedad.

Parece también dudoso que la sociedad constituida por las aportaciones de los coautores a una creación intelectual pueda tener personalidad jurídica. Aunque se ha señalado que el criterio de distinción basado en la personalidad jurídica de la sociedad frente a la carencia de la misma de la comunidad es accidental¹³³, la sociedad, en principio, ha de tener personalidad; así se desprende de los arts. 1.665 y ss. C.c. y de manera muy particular del art. 1.669. Cosa distinta es que la regulación que nos brinda el C.c. haga pensar más en una comunidad (así, el art. 1.695).

Tampoco parece que en la obra en colaboración haya lugar para la *affectio societatis*. En principio, los coautores no parecen obligados a cooperar en la explotación de la obra, aunque nada obsta a que así se pacte, si bien en dicho convenio habrán de respetarse los derechos morales de los coautores. El fin de la comunidad estaría en la creación y el de la sociedad en la explotación.

En cuanto a la vinculabilidad¹³⁴, el condominio agota prácticamente su contenido obligacional con la obligación de contribuir los copartícipes a los gastos de conservación de las cosa. Contrariamente, en la sociedad, resalta

¹³³ ALBALADEJO, "Derecho Civil III", vol. 1.º, 7.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 393. En este sentido, otros autores rechazan también el criterio por considerar que no puede tener aplicación general al no distinguir las sociedades de hecho o irregulares de la simple comunidad (BONET RAMON, F.: "Analogías y diferencias entre comunidad de bienes y el contrato de sociedad", RDP, 1941, pág. 15).

¹³⁴ Criterio que ha sido juzgado como "el verdadero módulo diferenciador" (LOIS ESTEVEZ, J.: "La distinción de condominio y sociedad", RGLJ, 1947, I, pág. 701 y ss.).

la imprescindibilidad de vincularse a una obra que viene a ser el fin social, de modo que son exigibles otros dispendios además de los conservativos.

Aunque en el campo de la propiedad intelectual resulta difícil pensar en ejemplos que hagan generar gastos de conservación, gastos útiles (mejoras) y suntuarios, éstos también son posibles y conviene saber en qué medida quedan obligados los coautores. Así, serían gastos conservativos de los incluidos en el art. 395 del C.c., p. e., a los gastos de almacenaje de la obra plástica o el fotocopiado del manuscrito para evitar el riesgo de que perezca la copia única.

Pero la doctrina no es muy estricta a la hora de calificar un gasto como conservativo, incluyendo también aquellos tendentes a mantener la cosa al servicio a que esté afectada¹³⁵. Por ello, los coautores estarían obligados a contribuir a otros gastos como los de mecanografiado profesional del manuscrito, enmarcado de la obra pictórica, gastos de exhibición de la obra plástica en una galería de arte, el pago a tanto alzado a los creadores de contribuciones accesorias (como fotógrafos, dibujantes,...). En cambio, salvo si los colaboradores hubieran constituido una sociedad, -y siempre que hubiera consentimiento unánime sobre la divulgación de la obra-, los coautores-comuneros no estarían obligados a correr con los gastos que ocasionara la edición de la obra por su propia cuenta, p.e. mediante un contrato de sello editorial.

En base a las razones expuestas nos parece que los coautores de una obra en colaboración se encuentran, en principio, en una situación comunitaria y no societaria. No obstante, no existe inconveniente legal para que varios sujetos puedan convenir en colaborar para la creación de una obra del ingenio con el propósito de su explotación o que los coautores puedan pactar, con posterioridad, la explotación de la obra; de esta manera, a la disciplina de la

¹³⁵ BRANCA, *op. cit.*, pág. 156.

comunidad establecida legalmente como consecuencia del concurso de varios sujetos en la creación de la obra se superpondrá la de la sociedad que deriva del contrato celebrado entre los autores para la explotación de la misma obra¹³⁶.

Ahora bien, los coautores de la obra en colaboración siempre conservarán un núcleo de derechos que ha de permanecer en comunidad: aquellos derechos incedibles al tiempo de la constitución de la misma, como p. e., los derechos de explotación de modalidades de explotación o de medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión (art. 43.5 LPI) y aquellas otras modalidades que no hayan sido *expresamente* previstas (art. 43.1).

Dentro de la disyuntiva comunidad-sociedad que las obras en colaboración plantean, se puede presentar un problema de interpretación contractual cuando los coautores, al convenir las participaciones no dispongan expresamente si se rigen por las normas de la comunidad de bienes o por las del contrato de sociedad; o bien, porque, sometiéndose a las normas de una, los pactos se correspondan con el régimen de la otra. Estos casos se deben solventar conforme a las reglas generales de interpretación de los contratos, si bien, en caso de duda, consideramos que las normas de la comunidad deben tener una *vis atractiva* sobre las reglas societarias.

3.1.2.- Prelación de fuentes.

El apartado cuarto del art. 7.º remite expresamente, en lo no previsto

¹³⁶ En este sentido ASCARELLI, (*"Teoría de la concurrencia..." cit.*, pág. 721 y 722). Sin embargo, nos parece que el caso de que los futuros coautores constituyan una sociedad obligándose a colaborar en la obra futura no es de una claridad tan meridiana como en principio pudiera parecer. Si unos sujetos tienen la "iniciativa" de crear una obra, para lo cual constituyen una sociedad, la "iniciativa" y la "coordinación" pasan a ser de la "persona jurídica" que ellos han creado. ¿Qué ocurriría si alguno de los socios no se convierte con posterioridad en "coautor"?; los socios "no autores" o sus causahabientes podrían pretender que dicha obra fuera calificada de obra colectiva.

en la Ley, a las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes. En nuestra opinión, esta norma de remisión debería ser ubicada en apartado propio en vez de estar contenida al final del apartado 4.¹³⁷, pues la precitada remisión no está referida únicamente a las cuotas de participación sobre la obra, sino a todo el régimen supletorio de las obras en colaboración (administración, gastos, etc.) siempre que sea compatible con la LPI.

Las obras en colaboración deben regirse en primer lugar por las normas de la LPI, empezando por las normas especialmente dedicadas a la colaboración (arts. 7.º y 28) y siguiendo por el resto del articulado en aquello que resulte aplicable. Las consecuencias de la aplicabilidad de toda la LPI son de gran trascendencia pues las normas imperativas que contiene limitan en gran medida la libertad contractual de los coautores entre sí y de éstos con terceros, imprimiendo, en su caso, a la sociedad que constituyeran los coautores unas características propias.

En segundo lugar, en lo no previsto por la LPI se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código civil¹³⁸ para la comunidad de bienes. Es aquí donde se suscita toda la problemática del art. 392 del C.c. Como quiera que las normas de la comunidad remiten, a su vez, a los contratos y a las disposiciones especiales hemos de ver entre estas normas cuáles son aún aplicables a la comunidad y por ende a las obras en

¹³⁷ En apartado propio aparecía en el Anteproyecto de 24 de noviembre de 1986. Desapareció en el de 22 de abril de 1987, al aceptarse las enmiendas núms. 138 y 139 del G.P. Mixto (A. PDP), las cuales suprimían del apartado primero la referencia a la comunidad y a la proporción de los coautores sobre la obra, trasladando su contenido al inicio del apartado cuarto. Curiosamente, en toda la tramitación parlamentaria posterior no se hizo referencia alguna a la conveniencia de mantener la remisión a las normas de la comunidad de bienes en apartado independiente.

¹³⁸ Teniendo en cuenta que esta remisión a las normas del Código civil para la comunidad de bienes está hecha por la propia LPI y que la legislación sobre propiedad intelectual es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.9.ª C.E.) no parece probable que se pueda entender hecha esta remisión también a favor de las normas de la comunidad de bienes previstas por las Legislaciones Forales. Además de por el argumento de jerarquía normativa, porque dada la pluralidad de autores en la obra en colaboración, dichas remisiones podrían dar lugar a problemas de competencia territorial.

colaboración.

Sobre la remisión que hace el Código a las disposiciones especiales, se ha dicho que las comunidades que se configuran partiendo de principios diversos, no pueden regirse sin más por las disposiciones del título III del Libro II. Habrá que comprobar primero que su especialidad lo consiente y que el legislador no ha regulado la materia en cuestión por estar ya regulada en el Título de la comunidad de bienes¹³⁹. En este sentido, contamos con el propio beneplácito del legislador del 87 que expresamente nos remite a ellas. Pero no por ello se puede ignorar que, por la especialidad del objeto, las normas de la comunidad de bienes han de ser tamizadas para ver cuales pueden ser directamente aplicadas. Sin embargo, el que algunas normas de la copropiedad de bienes en general no sean aplicables a determinadas cotitularidades especiales, no significa que éstas no puedan ser calificadas de comunidades, pues no ha de olvidarse que lo que el Código regula no es el *género* de la comunidad, sino una de sus *especies*, la copropiedad.

En cuanto a la presunta prioridad de los contratos sobre las normas comunitarias, es sólo aparente. Ello implicaría que las normas contenidas en los artículos 392 y siguientes serían todas dispositivas cuando es patente que no lo son¹⁴⁰.

Cuando en la comunidad existen pactos se ha de valorar un complicado juego de pesos y contrapesos constituido por las normas imperativas y dispositivas de la comunidad en relación con las de la sociedad y las remisiones que entre ellas se hacen, para decidir entre estas cuáles han de ser las supletorias. Curiosamente, las reglas de la partición de las herencias, aplicables tanto a la división entre los partícipes en la comunidad (art. 406 C.c.) como a la partición entre los socios (art. 1.708 C.c.) , no son

¹³⁹ MIQUEL GONZALEZ, "*Comentarios a los artículos 392 a 395*" cit., pág. 59.

¹⁴⁰ BELTRAN DE HEREDIA, "*La comunidad...*" cit., pág. 192 y ss.

sin embargo de aplicación a las obras en colaboración ya que una vez creada la obra no se podrá dividir.

En relación con la comunidad de bienes materiales podemos decir que:

1.º) Cuando se trata de comunidades incidentales o comunidades que derivando de un contrato éste no fue celebrado por los comuneros entre sí, entendemos que tal comunidad se gobierna en primer lugar por las normas imperativas de la comunidad contenidas en el Título III del Libro II, y luego por los pactos que hubieran acordado los partícipes, y siempre que no se configure una situación incompatible con el modo de adquirir la propiedad; en su defecto, se regirá por las normas dispositivas contenidas en el mismo Título.

2.º) Cuando se trata de comunidades convencionales, -entendiendo por tales no las que surgen como consecuencia de un contrato entre los comuneros y un tercero sino aquellas formadas por un contrato entre los partícipes que se obligan a poner en común bienes-, probablemente se tratará de una sociedad, aun cuando el contrato por el que se haya formado no sea de sociedad¹⁴¹. Por ello, debe regirse por analogía, en cuanto a las relaciones entre los partícipes por las reglas de la sociedad e, interpretando restrictivamente el art. 1.669, sólo las relaciones externas estarán gobernadas por las reglas de la comunidad.

3.º) Cuando los socios acuerden constituir una sociedad y ésta cuente con personalidad jurídica, se regirá lisa y llanamente por las reglas de la sociedad del C.c. o, en su caso, del C. de Com. y por sus Estatutos.

Trasladado este orden de prelación al caso de las obras en colaboración, debemos partir, en principio, de si los coautores pueden

¹⁴¹ LOIS ESTEVEZ, "*La distinción de condominio...*" *cit.*, pág. 190.

constituir una sociedad¹⁴².

Como ya quedara dicho, el derecho de propiedad sobre la obra en colaboración se adquiere, originariamente, en el marco de la comunidad. Puesto que la sociedad se genera por contrato, de acuerdo con el art. 609 del C.c. para que se verifique la transmisión hace falta que sea por medio de tradición. Esto es, la sociedad puede nacer antes de que la obra haya sido creada¹⁴³, en cuyo caso la nueva persona jurídica tiene un derecho de crédito, puesto que según el contrato de sociedad *los socios se obligan a poner en común dinero bienes o industria* (art. 1.665) y *cada uno es deudor de lo que ha prometido aportar* (art. 1.681), pero la sociedad no tendrá la propiedad de la obra hasta que no se haya producido la tradición.

Consecuencia de la prioridad de las reglas de la LPI sobre las normas de la comunidad de bienes o de la sociedad, es la aplicación del art. 45 de este cuerpo legal; por ello, esta exigencia de formalización por escrito de la cesión comprende también la transmisión hecha por el coautor al constituir la sociedad¹⁴⁴. Por tanto, cuando la sociedad que tenga por objeto la obra en colaboración no revista forma escrita, estará también sujeta a la facultad resolutoria prevista en dicho artículo; pero puesto que aquí el cesionario es

¹⁴² Como apoyo a esta postura tenemos la tramitación parlamentaria del art. 7.º, al haber sido aceptada la enmienda 209 que proponía la supresión del sintagma "en comunidad" ("*porque no es conveniente restringir la voluntad de los coautores a resolver la participación sólo en una comunidad*"). Parece también favorable a ello MIQUEL GONZALEZ, "Comentario al artículo 7.º" cit., págs. 133 y 134.

¹⁴³ Esto es posible porque la LPI no prohíbe la transmisión de derechos de obras futuras. El art. 43.3 se refiere únicamente a la nulidad de la cesión de los derechos de explotación sobre el *conjunto de obras futuras* y el art. 59.1 se limita a señalar que dichas obras no son objeto del contrato de edición, pero no excluye la posibilidad de que sea objeto de otros contratos atípicos. Pero, como ya quedó dicho, no se podrán transmitir los derechos de explotación de las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión (art. 43.5 LPI).

¹⁴⁴ La cesión contemplada en el art. 45 constituye una categoría genérica que engloba a todos los modos de transmisión *intervivos* de los derechos de explotación, sea a título oneroso o gratuito, total o parcial, por lo que a todos ellos será de aplicación, salvo al contrato de edición, por contar éste con una norma especial (TORRES LANA, J. A.: "Comentario al artículo 45" en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 699 y ss.).

la propia sociedad, todos los coautores podrán compelerse a cumplir con el referido requisito de forma escrita, y en caso de resolución, se volverá a la situación de comunidad. Por el contrario, si los coautores permanecen en comunidad, aunque acuerden pactos sobre la administración, etc., éstos pactos no han de cumplir formalidad alguna.

Se produce así un extraño equilibrio entre las normas de la comunidad de bienes y las de la sociedad, pues, como en el caso precedente, la aplicación de las normas de la sociedad en cuanto a la forma exigida, conduce a la obligatoriedad de las normas comunitarias. Pero, al igual que ocurre con los bienes materiales en relación con el art. 1.669 C.c., la resolución del contrato de sociedad, no llevará a la inaplicabilidad de todo lo convenido, siempre que sea aplicable también a la comunidad entre los coautores (proporción de las participaciones, régimen de explotación separada de las aportaciones, etc.).

3.2.- Disponibilidad de los coautores sobre el conjunto de la obra en colaboración.

Es aquí donde surge el difícil cometido de compaginar los derechos personales y patrimoniales de autor cuando los coautores no están de acuerdo sobre el futuro de la obra común. Cuando se trata de una autor individual, estos derechos son ostentados plenamente por este único titular que es el autor, sin tener que rendir cuentas a nadie; tiene, incluso, el derecho de destrucción de la obra sin poner en marcha el mecanismo del abuso del derecho. Sin embargo, estos derechos individuales han de ser ponderados cuando la titularidad está compartida¹⁴⁵ por varios autores, de manera tal que, aun siendo todos los derechos de igual rango, los intereses

¹⁴⁵ En este sentido, se ha señalado la posibilidad de hablar, si no de exclusivas de derechos, sí al menos de áreas de poder compartidas y, por tanto, limitaciones para el poder exclusivo de explotación atribuido por ley al autor (RODRIGUEZ TAPIA, "La cesión en exclusiva..." cit., pág. 108).

de unos primarán sobre los de los otros.

Al igual que en los casos de comunidad de bienes, los derechos que en principio correspondían a todos los comuneros han de ceder ante los derechos de los demás; pero a diferencia con ésta, aquí el coautor descontento no puede ejercitar la *actio communi dividundo*, sino que se ve obligado a permanecer en comunidad *sine die*, y con la grave consecuencia, en muchos casos, de la paralización en la creación o explotación de la obra.

La disponibilidad sobre la colaboración viene contemplada en el apartado segundo del art. 7.º. Es una norma que no parece dejar margen al Derecho dispositivo: "*Para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores, y en defecto de acuerdo, el Juez resolverá*".

En el presente epígrafe estudiaremos la forma en que deben ser tomados los acuerdos, la aparición y resolución de los conflictos, así como también en qué medida afecta la coautoría a ciertos derechos morales.

3.2.1.- Vigencia del régimen de la obra en colaboración en la obra *in itinere*.

La LPI guarda silencio tanto sobre la posibilidad de que surjan litigios acerca de la explotabilidad de las aportaciones de la obra *in itinere*¹⁴⁶, así como sobre el momento en que ésta se deba considerar terminada.

La hipótesis de partida es si antes de que la obra esté acabada, el

¹⁴⁶ El RLPI de 1879, en su art. 72, preveía el supuesto en el que todos los coautores desistieran de la colaboración de una obra dramática o musical: "*Los coautores de una obra dramática o musical que desistan de la colaboración común antes de terminarla o acuerden no publicarla o representarla después de terminada, sólo podrán disponer de la parte que cada uno de ellos haya colaborado en la misma obra, salvo pacto en contrario*". Pero, al presuponer que todos "desisten" o "acuerdan no publicarla", no resuelve los problemas que ahora planteamos, surgidos, precisamente, de la disidencia de alguno o algunos de ellos.

coautor puede desligarse de las consecuencias jurídicas de la colaboración. De aceptar este postulado, hasta el momento de la terminación, los coautores podrían ejercitar individualmente sus derechos de autor, surgiendo sólo, en su caso, responsabilidades contractuales¹⁴⁷.

Aunque el coautor se hubiera comprometido a cooperar en la creación hasta el final de la misma, al ser esta una obligación de hacer, no podría ser compelido a terminarla, pues es indudable que la calidad y circunstancias de los coautores han sido tenidos en cuenta (*cfr.* art. 1.161 C.c.).

Esta situación puede originarse si uno de los coautores ejercita su derecho de inédito o de arrepentimiento antes de que la obra esté terminada. Aunque la decisión de divulgar la obra no puede tomarse antes de que sea terminada o de que, al menos, tenga la entidad suficiente como para que sea accesible al público¹⁴⁸, si parece posible que se ejercite el derecho al inédito.

Las dudas acerca de la disponibilidad de las aportaciones se plantean también en los supuestos en los que no haya habido incumplimiento contractual; v. gr., si un coautor fallece antes de la entrega de su aportación, o hasta qué momento el coautor conserva de forma exclusiva el derecho a modificar su propia contribución, u ofrecer otra a cambio (p.e., si posteriormente considera que su contribución tiene la suficiente entidad como para constituir una obra individual ofreciendo a cambio otra aportación sustitutiva): ¿hasta el momento de la "entrega de la aportación" o hasta el momento de la "terminación" de la obra?

¹⁴⁷ A este respecto, estima LE TARNEC que la sanción de un colaborador sólo se justifica si la obra está terminada. Si, por el contrario, la resistencia se produce en la fase de elaboración de la obra común nadie puede obligar al autor que resiste a cumplir las obligaciones contractuales, las cuales ha suscrito a título de asociación. Sin duda, su responsabilidad civil está comprometida, pero sólo podrá ser condenado por daños y perjuicios ("*Propriété...*" *cit.*, pág. 243). Como en otras ocasiones, el problema será, cuando tampoco haya unanimidad a la hora de considerar la obra terminada.

¹⁴⁸ En este sentido, PEREZ DE ONTIVEROS, "*Derecho de autor...*" *cit.*, pág. 290.

La solución no puede ser unívoca, pues dependerá de la forma de verificarse la creación en cada caso. Si las *aportaciones son indistinguibles* desde el comienzo del proceso creativo, las decisiones sobre la obra aún inacabada seguirán la normativa del art. 7.º 2, pues la obra inacabada, como objeto protegido por la LPI que resulta de la colaboración de varios autores, exigirá la unanimidad de sus creadores para la divulgación y modificación (p.e., se podrá divulgar la obra inacabada si todos los que en ella participaron así lo convienen). En caso de conflicto, habrá que acudir a la Autoridad Judicial como si de una obra terminada se tratase.

Por el contrario, si las aportaciones son "distinguibles" y todavía no han sido "entregadas", al continuar dentro del ámbito privativo del autor, entendemos que este no podría ser obligado no sólo a divulgar sino tampoco a terminar la obra en colaboración¹⁴⁹. El resultado inmediato sería la paralización de la creación común y la emancipación, en su caso, de las demás aportaciones en varios opúsculos.

En caso de que el Juez optara por la no divulgación de la obra, parece que a los demás coautores les quedaría la posibilidad de modificar la obra de manera que la nueva obra prescindiera de la aportación del autor disidente, ya mediante la simple exclusión de la primitiva contribución, ya mediante su sustitución por la aportación de un nuevo coautor.

Más difícil de resolver será cuando se trate del ejercicio de derechos morales. Las diferentes partes (separables o no) que conforman la obra en colaboración y que implican la contribución personal de cada uno de los coautores a la creación común, van a hacer surgir, en el patrimonio intelectual de cada uno de ellos, los atributos correspondientes del derecho moral en

¹⁴⁹ En este sentido, GONZALEZ LOPEZ, M.: *"El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual"*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 163. Esta autora no distingue según las aportaciones sean o no distinguibles por lo que entendemos que se refiere a las primeras, único caso en el que la aportación, aún no ha salido de la esfera personal del coautor.

relación a su concreta contribución¹⁵⁰.

Creemos que, dado que la obra no está terminada, hay que añadir un plus a las razones para la paralización. Si el legislador ha considerado que bastan razones morales para que uno sólo de los coautores "congele" la explotación de la obra ya terminada, incluso la ya divulgada (art. 7.º2, segundo inciso), la tendencia debe ser más fuerte cuando la obra no ha salido aún del ámbito de la creación, donde el señorío de dominio del autor es más pleno incluso que sobre la propiedad ordinaria.

Cuando se trate de aportaciones distinguibles, parece que cada coautor podría utilizar su propia aportación como estime oportuno. Podríamos encontrar semejanzas en el art. 378 del C.c., sobre la separabilidad de las cosas unidas cuando ésta no produce detrimento. El coautor disidente podría salir de la colaboración (dejando al margen otro tipo de responsabilidades) y el resto de los coautores podrían prescindir de tal aportación, sustituyendo al autor disidente por un tercero o incorporando sus aportaciones a otras obras.

Si unos y otros persisten en mantener sus posturas, tendrá que resolver el Juez, a quien entendemos que también se le podrá pedir que adopte este tipo de medidas tendentes a evitar la paralización absoluta de la obra.

Un problema parecido se plantea cuando haya discrepancias a la hora de señalar si la obra está terminada. Aunque el art. 14 lo no recoja expresamente entre los derechos morales, es evidente que la facultad de decidir en qué momento está terminada la obra corresponde únicamente a su creador¹⁵¹ (excepto en el caso de las obras cinematográficas, art. 92. LPI).

¹⁵⁰ PEREZ DE ONTIVEROS, *"Derecho de autor..." cit.*, pág. 287.

¹⁵¹ Podría haber cierta ambigüedad en el art. 14.1.: *"Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma"*. En principio, se ha dicho que va referido a las formas de divulgación y responde a la inquietud del legislador por determinar la transmisión de los

Una vez más la dificultad surge a la hora de compaginar las voluntades y criterios de todos los coautores. ¿Qué ocurrirá si los pareceres de los autores sobre si la obra está o no terminada son irreconciliables? La única solución posible es que el Juez resuelva, basándose en la buena fe y en la costumbre literaria, artística o científica de que se trate, pudiendo ser asistido por peritos. Pero en todo caso, deberá ser consciente de la *arbitrariedad* que supone el que una obra sea "terminada judicialmente". Quedaría también abierto el recurso a la paralización de la obra, resultando, en este caso, indiferente que la obra sea considerada terminada o no.

3.2.2.- Necesidad de consentimiento unánime para la divulgación y modificación de la obra.

La exigencia de unanimidad para la toma de decisiones sobre la explotación de la obra es, en realidad, el corolario de la regla de la igualdad de derechos de los colaboradores¹⁵² y del carácter de atributo de la condición de autor de la obra que tienen los coautores y de la unicidad de la obra¹⁵³.

La nueva LPI española, siguiendo el modelo continental¹⁵⁴, exige el consentimiento de todos los coautores tanto para divulgar como para

derechos de explotación a los que el autor haya fijado (CAFFARENA LAPORTA, J.: "Comentario al artículo 14" en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 271). Pero también, podría ir referido a la forma de la obra. Aunque esta interpretación parece un poco forzada, permite sin embargo positivizar el indiscutible derecho que tiene el autor a juzgar si su obra está o no terminada. El derecho a decidir cuándo está terminada la obra vendría a completar el derecho al inédito (art. 14.1.º) y, a su vez, el derecho a modificar la obra (art. 14.5.º).

¹⁵² Vid. LE TARNEC, "Propriété..." cit., pág. 242.

¹⁵³ ESPIN, "Las facultades del derecho moral..." cit., pág. 138. Probablemente, la Ley lo ha dispuesto así porque lo característico de la obra en colaboración consiste en la concepción común de la tarea y en el sometimiento recíproco a la idea común (GONZALEZ LOPEZ, "El derecho moral del autor ..." cit., pág. 212).

¹⁵⁴ Así, el art. 10. 2 de la Ley francesa, el art. 10.3 de la italiana o el párrafo 8.2 de la alemana; Leyes que también disponen para caso de desacuerdo que resolverá la Autoridad Judicial.

modificar la obra en colaboración¹⁵⁵. Como consecuencia de la indisponibilidad de los referidos derechos, no resulta admisible que mediante pacto previo¹⁵⁶ pudiera ser derogado el art. 7.º2 y se sometiera la decisión de divulgar o modificar la obra a la voluntad de la mayoría de los coautores¹⁵⁷.

Es lógico que si la ley le atribuye a esta facultad los caracteres de irrenunciable e inalienable, se exija para su ejercicio el consentimiento de todos los coautores, aunque ello implique limitar el ámbito del derecho moral de cada autor¹⁵⁸. Se ha señalado que la irrenunciabilidad e intransmisibilidad de los derechos morales de los coautores no quedan comprometidas cuando todos los coautores consienten la divulgación o modificación o aun menos

¹⁵⁵ Sin embargo, esta unanimidad no es requisito en todas las legislaciones. Así, el art. 18.1 del Código de Derecho de Autor portugués dispone que cualquiera de los autores puede solicitar la publicación, explotación o modificación de la obra en colaboración, resolviéndose, en caso de divergencia, según las reglas de la buena fe.

En México, para el ejercicio de los derechos otorgados por la Ley, "se requiere el consentimiento de la mayoría" (art. 12, II); calificándose como "principio democrático el adoptado por el legislador" (LOREDO HILL, A.: "Derecho autoral mexicano" cit., pág. 97). Sobre la regla de la mayoría de personas o derechos ha señalado ESPIN que es inadecuada al bien jurídico protegido, bien personal que no puede subordinarse a otros criterios en cuanto a lo creado por cada coautor ("*Las facultades ...*" cit., pág. 139).

La Sección 201 (a) del Acta estadounidense de 1976 dispone que los coautores son comuneros en el *copyright* de la obra en colaboración y, por tanto, sus relaciones se gobiernan por analogía con las normas de la comunidad de bienes. Cada coautor está legitimado para explotar por sí mismo el *copyright* o para cederlo a otros, pero cada uno debe contar con los demás cotitulares para cualquier beneficio obtenido de la licencia o del uso del mismo (GOLDSTEIN, "*Copyright*" cit., pág. 385); pero, este deber no deriva directamente del *copyright law*, sino del principio del enriquecimiento injusto que gobierna las normas de la comunidad de bienes (EPSTEIN, M. A.: "*Modern Intellectual Property*", 2.ª edición, Ed. Prentice Hall Law & Business, supplement 1990, pág. 186). En cuanto a la modificación de la obra, cada uno de los colaboradores puede hacer revisiones (*Weissman v. Freeman*, 868 F. 2d 1313, 1318 (2d Cir.), cert. denied, _ U.S._, 110 S. Ct. 219 (1989).; pero la precitada sentencia parece referirse más al caso de "actualizaciones de obras" y "puestas al día" que a verdaderas modificaciones.

¹⁵⁶ Por el contrario, entendemos que si el coautor disidente decidiera someterse a la voluntad de la mayoría en un pacto simultáneo a la decisión es porque, en definitiva, acepta la decisión tomada. Con un pacto de este tipo se formaría una voluntad unánime.

¹⁵⁷ En este sentido, GRECO en relación con las modificaciones que él llama "sustitutivas" ("*Collaborazione creativa...*" cit., pág. 32).

¹⁵⁸ GONZALEZ LOPEZ, "*El derecho moral del autor...*" cit., pág. 163.

cuando el Juez decida a falta de acuerdo de los coautores¹⁵⁹.

La irrenunciabilidad del derecho al inédito se manifiesta en que, no obstante haberse verificado la transmisión del derecho a publicar, el autor puede siempre oponerse a dicha publicación hasta que ésta haya tenido lugar. Este principio se deduce indirectamente del derecho a la retirada de la circulación¹⁶⁰. En tema de divulgación de la obra en colaboración, el requisito de la unanimidad se presenta de tal manera que no cabe la gestión de negocios ajenos hecha por un coautor en nombre de los demás¹⁶¹.

Para salir de la situación provocada por la falta de consenso entre los coautores, la Ley propone la resolución judicial. No parece probable que sea una materia susceptible de compromiso, pues el art. 7.º 2 parece tajante al disponer que "en defecto de acuerdo *resolverá el Juez*". Pero entendemos que una solución arbitral sería oportuna, pues el Juez basará su criterio fundamentalmente en el dictamen de los peritos; Sería deseable que la Ley admitiera la posibilidad de que fueran las partes quienes designaran un árbitro de equidad.

Como ejemplo de los problemas que entraña el que la Autoridad Judicial entre a decidir estos asuntos, tenemos las desavenencias surgidas durante la tramitación parlamentaria del referido artículo. La redacción original del Proyecto del 86 decía: "*En defecto de acuerdo, el Juez resolverá en*

¹⁵⁹ RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: "*Siete derechos en busca de un Autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (B.O.E., 17 noviembre)*", ADC, 1988, pág. 313.

¹⁶⁰ Así lo ha entendido GRECO al señalar que cada acto dispositivo del derecho al inédito queda *ex lege* sujeto a una condición resolutoria potestativa, la cual, antes de la publicación, depende de la voluntad discrecional del autor, salvo -como parece lógico pensar- la obligación de indemnizar (*op. cit.* anteriormente, pág. 27).

¹⁶¹ De ahí que las cesiones exclusivas que pudieran ser otorgadas por un coautor, sin el consentimiento de los demás, nunca podrán ser título válido para la divulgación de la obra, a menos que el Juez resuelva lo contrario (RODRIGUEZ TAPIA, "*La cesión...*" *cit.*, pág. 108).

equidad". Dos enmiendas del Grupo Coalición Popular, -las enmiendas núms. 210 y 211¹⁶²-, proponían la supresión al llamamiento de la equidad, alegando que los Jueces no resuelven en equidad, sino que aplican el Derecho.

De la referida supresión se ha dicho que si se atiende al espíritu de las enmiendas, nos encontraríamos ante un callejón sin salida, porque ante la negativa de un autor a la divulgación o modificación, no cabría que el Juez resolviera lo contrario, ya que se ha cortado el recurso a la equidad y otras cláusulas generales, como la buena fe y el abuso del derecho¹⁶³. Pero tanto de las referencias que hace nuestro C.c. a la equidad¹⁶⁴ como del deber inexcusable que tienen los jueces de resolver, hemos de inferir la intrascendencia de dichas enmiendas.

Es más, si tenemos en cuenta que las mencionadas enmiendas fueron retiradas por Coalición Popular -con anterioridad a la redacción del Proyecto de 25 de abril de 1987¹⁶⁵-, podemos interpretar que hubo una especie de "arrepentimiento activo" por parte del legislador sobre la conveniencia de las mismas.

Con la retirada de dichas enmiendas, la supresión del último inciso por parte de la Ponencia puede responder a un deseo de evitar innecesarias

¹⁶² La Ponencia suprimió este último inciso sin dar explicación alguna en su Informe de 22 de abril de 1987.

¹⁶³ MIQUEL GONZALEZ apoyándose en los arts. 3.º y 7.º del C.c. y otros preceptos aislados del mismo cuerpo legal, llega a la conclusión de la inoperancia de dicha supresión parlamentaria ("*Comentario al artículo 7.º cit.*", pág. 128 y 129).

¹⁶⁴ PEREZ DE ONTIVEROS nos recuerda que el art. 3.2 del C.c. permite la posible aplicación *exclusiva* en la equidad para resolver los conflictos planteados ante los Tribunales, siempre y cuando la ley expresamente lo permita ("*Derecho de autor...*", *cit.*, pág. 292). Por su parte, ESPIN añade como, además de la ponderación de la equidad, se deberán tener en cuenta otras normas como la buena o mala fe y el abuso de derecho ("*Las facultades...*" *cit.*, pág. 139).

¹⁶⁵ La única enmienda viva sobre el apartado segundo era la núm. 3 del Sr. Mardones Sevilla, del Grupo Mixto, la cual añadía, a la redacción del Proyecto, las palabras "y en acto de jurisdicción voluntaria".

repeticiones de la teoría general.

Para apreciar si hay buena fe o abuso de derecho pueden servir de ayuda las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes¹⁶⁶: la aceptación del público, la valoración de la crítica especializada, la publicación de otra obra científica que llegue a resultados opuestos y mejor fundamentados, etc. También pueden servir de ayuda los contratos existentes entre los autores; (aunque como habíamos dejado sentado, el incumplimiento contractual no lleva aparejada la pérdida de los derechos del coautor sino, simplemente, responsabilidades contractuales). Ahora bien, habrá que tener muy presente que, de acuerdo con el art. 1.255 del C.c., estos pactos no podrán ser contrarios a las normas imperativas contenidas en la LPI, como el art. 14 LPI.

Según la dicción literal del art. 7.º2.1, parece que el coautor disidente no ha de "justificar" su negativa a la divulgación o modificación de la obra. Esto es, para que el Juez entre a conocer el asunto no será preciso que el disidente alegue "*un cambio de sus convicciones intelectuales o morales*". Ahora bien, de concurrir estas causas excepcionales, el *derecho a la no divulgación* del coautor disidente se confunde con el *derecho de arrepentimiento*. En este caso, una vez verificada por el Juez la existencia de justa causa, podrá condenar al disidente al pago de daños y perjuicios, pero

¹⁶⁶ Aunque no se tratara de una obra en colaboración, puede servir como muestra el *affaire Camus v. Camus*. El autor, al ejercitar su derecho a no reeditar determinada obra, una colección de artículos-, perjudicaba económicamente los derechos de la comunidad ganancial. La Corte estimó que el escritor abusaba de su derecho para defraudar las expectativas de su cónyuge, del cual se estaba separando (citado por RAMS ALBESA, J.: "*Curso de Propiedad Intelectual*", organizado por la Universidad Complutense de Madrid en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Noviembre, 1988). Probablemente, si ambos cónyuges hubieran sido *coautores*, la Corte habría llegado a la misma solución. Con el tiempo, se supo el error cometido: la negativa del autor había obedecido a un verdadero cambio de actitud ante la oportunidad de dichos artículos: habían sido escritos en plena ocupación francesa y eran de un antigermanismo tal que, en el momento de la reedición, ya durante la "Guerra Fría", el autor no los consideró apropiados.

no parece que pueda imponer la divulgación de la obra¹⁶⁷.

El ejercicio prematuro, -anterior a la divulgación de la obra en colaboración-, del derecho de arrepentimiento plantea un problema respecto al momento de exigibilidad de la indemnización. El art. 14. 6.º LPI, para limitar el ejercicio del mismo, exige que la indemnización sea *previa* a la "retirada". Si el derecho de arrepentimiento se ejercita con anterioridad a la divulgación de la obra, la obra quedará inédita y, por tanto, ya nunca podrá ser retirada. El límite económico impuesto al derecho de arrepentimiento por la "indemnización *previa*", no sirve para conminar al autor a que indemnice. En nuestra opinión, el Juez debería estar facultado a imponer un plazo para el pago de la indemnización, transcurrido el cual la obra en colaboración podría ser divulgada por los demás coautores. Esta medida debería ser sumamente excepcional y los Jueces tendrían que aplicarla con grandes cautelas.

De no concurrir circunstancias excepcionales, el Juez podrá resolver ya a favor del mantenimiento de la obra como inédita, de la retirada o de la no modificación, ya a favor de la divulgación, modificación o del mantenimiento de la explotación de la obra. En estos últimos casos en los que se acuerda la publicación, entendemos que queda a salvo el derecho del disidente de prohibir que su nombre figure en la obra¹⁶⁸. Entendemos que este derecho deriva directamente del derecho consagrado en el art. 14.2.º a determinar cómo ha de consignarse el nombre del autor ("*a firmar con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente*") y, en cualquier caso, conservará los derechos patrimoniales que le correspondan.

¹⁶⁷ Para MIGUEL GONZALEZ, el sometimiento de un coautor a sus compañeros es mayor que el de un autor a los cesionarios; y, por ello, en consideración al derecho de autor de los demás coautores es por lo que el derecho del coautor que resiste sin justa causa se somete ("*Comentario al artículo 7.º cit.*", pág. 129).

¹⁶⁸ MICHAÉLIDÈDES-NOUARIOS, G.: "*Le Droit moral de l'auteur*", Ed. Rousseau, Paris, 1935, pág. 94. En esta misma línea, creemos que el autor que se opone a la modificación de la obra y que no participa en la misma, podrá hacer constar, como consecuencia de su propio derecho de paternidad (art. 14. 3.º LPI), de modo indubitable su participación en la obra preexistente, así como el haberse abstenido en la modificación.

Cabría plantearse si, cuando el Juez hubiera resuelto a favor de la no divulgación de la obra en colaboración atendido el derecho al inédito del coautor disidente, a la muerte de éste último, se podría, -a petición de los demás coautores o de sus derechohabientes, como "*personas con interés legítimo*"-, ordenar la divulgación de la obra en colaboración en base al art. 40 LPI¹⁶⁹. Dado el quebranto que esta norma supone para los derechos de autor, pensamos que su aplicación más justificada sería en el caso de la obra en colaboración.

Con respecto a la facultad de divulgación de los coautores se han distinguido dos situaciones dentro de la obra en colaboración: 1) la que se produce en relación a la obra considerada en su conjunto, es decir cuando uno de los coautores o un grupo de ellos se niega a divulgar la obra, y 2) la que se produce por la negativa de un coautor a divulgar la parte correspondiente a su aportación individual lo que, lógicamente, tendrá influencia en la obra considerada en su totalidad¹⁷⁰.

Parece que el Juez tendrá, con respecto al conjunto de la obra, la misma discrecionalidad en ambos supuestos a la hora de ponderar la equidad, o apreciar que hubo mala fe, abuso de derecho e incluso incumplimiento, en su caso, del contrato de colaboración. Ahora bien, como ya dijimos antes, el caso de la contribución *in itinere* únicamente podrá condenarse a una indemnización por incumplimiento contractual.

En cuanto al destino de la obra condenada a permanecer inédita por causa de la disidencia de alguno de los coautores, creemos que los restantes

¹⁶⁹ De este artículo se ha dicho que introduce una norma conceptualmente contradictoria, por extremadamente opuesta, con el concepto y contenido del derecho de autor que resulta de la Ley (CAMARES PUENTES, J.: "*Comentario al artículo 40*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 604 y 613, al que remitimos).

¹⁷⁰ PEREZ DE ONTIVARES, *op. cit.* anteriormente, pág. 291. Entre los primeros se cita el caso de que uno de los coautores se niegue a la divulgación de la obra, al ver la aportación realizada por otro.

autores podrán disponer de sus aportaciones como tengan por conveniente¹⁷¹: esto es, podrán explotarla separadamente o unirla a otras aportaciones. En cierto modo y con todas las cautelas consecuencia de la inmaterialidad del objeto, podría hablarse de que se produce una especie de *acción de división impropia*. A diferencia con la comunidad de bienes, la obra en colaboración seguirá existiendo. Una vez que la obra ha sido creada, el *corpus mysticum* no desaparece y, además, los coautores conservarán intactos una serie de derechos. Por otra parte, cada uno "recupera" su contribución y no se les adjudica una parte alícuota.

Se ha apuntado, como supuesto diferente, cuando el autor no consiente la divulgación de la obra por conflictos de carácter patrimonial, (como la distribución de beneficios en su perjuicio), considerándose que en tal caso, la facultad divulgación debe ceder ante las exigencias de la buena fe y el abuso del derecho¹⁷². No podemos suscribir totalmente esta postura por ser demasiado general: detrás de los acuerdos sobre el reparto de beneficios puede subyacer la cuota misma de coautoría de cada coautor, comprometiéndose el correspondiente derecho a la paternidad de la obra.

En términos generales, los coautores de una obra en colaboración pueden ejercitar sus derechos morales independientemente, salvo los que se refieren a las facultades de divulgación y modificación de aquélla¹⁷³. Aunque la Ley nada dice acerca de la legitimación individual para la defensa de los

¹⁷¹ Estamos de acuerdo con PEREZ DE ONTIVARES en que un pacto por el cual los coautores se comprometieran a no utilizar separadamente la parte por ellos realizada, sería de dudosa legalidad, en cuanto atenta a la propia libertad del autor (*op. cit.* anteriormente, pág. 297). Dicho pacto trascendería de lo que es común a los coautores inmiscuyéndose en lo privativo de cada uno. La libertad de pacto para acordar la explotabilidad separada de las aportaciones, a la que hace referencia el art. 7.º3. LPI, no entraría en juego puesto que en el supuesto ahora estudiado no cabría "causar perjuicio a la explotación común.

¹⁷² GONZALEZ LOPEZ, "El derecho moral de autor...", *cit.*, págs. 163 y 164.

¹⁷³ En este sentido extensivo de las facultades de los coautores, DELGADO PORRAS, A.: "Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual", Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pág. 27.

derechos morales de los coautores, según interpretación jurisdiccional constante, el efecto de cualquier resolución judicial favorable individual deberá beneficiar a todos los condueños, sin que les perjudique la adversa (STS de 18 de diciembre de 1933 y 29 de octubre de 1951, entre otras)¹⁷⁴.

Lo que ocurre es que en el caso de los derechos morales, que son por naturaleza indivisibles, cada uno de los coautores va a tener unitariamente un derecho moral sobre la totalidad de la creación común¹⁷⁵. Ahora bien, este ejercicio individual de los derechos morales de autor sólo puede ir referido a aquellos derechos cuya naturaleza es tal que su ejercicio no perjudica los derechos de los otros (como el derecho a la paternidad, a la integridad). Pero con referencia a las facultades de divulgación y modificación, cuyo ejercicio por parte de un coautor excluye el de los demás en sentido opuesto, no se puede concebir más que un comportamiento único impuesto según el método prescrito para la formación de la voluntad destinada a prevalecer en el régimen de la comunión: la deliberación de la mayoría o de la unanimidad o, en su defecto, la decisión judicial¹⁷⁶. Excluida legalmente el recurso al sistema de la mayoría queda únicamente el acuerdo unánime y, en su defecto, la decisión judicial.

En cuanto a la facultad de modificación de las obras en colaboración, habrá que arrancar de un momento objetivo a partir del cual se considere la obra acabada. En otro caso, el cambio operado no podría ser tildado de "modificación" si el creador aún no considera que la obra había sido acabada. El momento de la terminación de la obra en colaboración deberá ser determinado por los coautores por unanimidad y en su defecto, como ya apuntamos, por el Juez.

¹⁷⁴ ESPIN, "*Las facultades...*" cit., pág. 140.

¹⁷⁵ PEREZ DE ONTIVARES, *op. cit.* últimamente, pág. 288.

¹⁷⁶ GRECO, "*Collaborazione creativa...*" cit., págs. 24 y 25.

Con respecto a la facultad de modificación hay que señalar la existencia de dos tipos de modificaciones. En primer lugar, aquéllas que podríamos llamar *derivativas* y que suponen una adaptación de la obra originaria y, en cierto modo, dan vida a una obra derivada de aquélla sin sustituir el arquetipo de la obra preexistente (a. e., una traducción). En segundo lugar, tendríamos las modificaciones *sustitutivas*, que serían aquéllas que inciden directamente sobre la misma obra original con la intención de sustituir la obra preexistente.

Pues bien, algunos consideran que únicamente las *modificaciones sustitutivas* exigen el mecanismo de la unanimidad y, en su defecto, la resolución judicial, pues solamente la modificación sustitutiva choca con el interés moral de la integridad de la obra¹⁷⁷. Para las modificaciones derivativas sería suficiente el régimen de las mayorías.

El art. 14 LPI también hace referencia a dos tipos de modificaciones, aunque no se correspondan con las derivativas y modificativas de las que hablábamos. De un lado, el apartado 4.º se refiere al derecho a "*exigir la integridad de la obra*" frente a las agresiones externas, entre las que se incluyen las modificaciones ajenas; de otro, el apartado 5.º contempla el derecho que tiene el autor de modificar su propia obra.

Dado que en la obra en colaboración hay que aunar los derechos de los coautores que quieren modificar con los de aquellos otros que prefieren conservar intacta la obra, consideramos que la exigencia de unanimidad va referida tanto al derecho de modificar como al de mantener la obra intacta. Tanto en la modificación sustitutiva como en la derivativa los partidarios de modificar podrán acudir al Juez para hacer valer su derecho.

¹⁷⁷ En la autorizada opinión de GRECO, la Ley italiana de 22 de abril de 1941, al hablar de la introducción de modificaciones en la obra, se refiere sólo al segundo tipo. Mientras que en la modificación derivativa prevalece el carácter patrimonial sobre el moral, - con la consecuencia de considerarlo alienable-, en la modificación sustitutiva prevalece el carácter moral ("*Collaborazione...*" cit., pág. 29 y ss.).

Para conocer el alcance de las modificaciones que exigen la unanimidad de los coautores nos parece muy esclarecedor el segundo párrafo del mismo art. 7.º2 LPI: "*Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para la explotación de aquella en la forma en que se divulgó*". Interpretando a *contrario sensu*, cualquiera de los coautores puede oponerse a la explotación de la obra en *forma distinta* a la que se divulgó. Estos no sólo necesitan del consentimiento unánime de los coautores las modificaciones derivativas (puesto que suponen una explotación de la obra en forma distinta a la que se divulgó) sino también aquellas explotaciones de la misma obra cuya "modalidad de explotación" sea distinta de la divulgada¹⁷⁸. En nuestra opinión, incluso la facultad de contenido económico de transformación compromete la facultad soberana del modificación de los coautores.

La razón es clara. Las modificaciones llamadas derivativas también comprometen los derechos morales del autor. Además la exigencia de unanimidad no implica que en caso de conflicto se prescinda de la explotación de la obra modificada sino que, en última instancia, será el Juez quien pondere todas las circunstancias. La exigencia de unanimidad no resuelve el problema de que los derechos de unos hayan de someterse a los de los otros, pero mitiga, al menos, el ignorar a las minorías. Finalmente, acudir a la resolución judicial evita reglas generales que no se ajusten al caso concreto.

3.2.3.- Imposibilidad de rehusar injustificadamente su reedición, facultad de arrepentimiento del coautor y derecho de paternidad.

La "obligación" de seguir reeditando prevista en el art. 7.º2.11 ("*una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su*

¹⁷⁸ Para MICHAÉLIDÈDES-NOUARIOS esta nueva versión de la obra, respecto al modo de reproducción, debe considerarse inédita, aunque no sería un inédito confundible con aquella obra que aún no ha sido publicada por primera vez ("*Le Droit moral...*" cit., pág. 109).

consentimiento para la explotación de aquélla en la forma en que se divulgó") no existe, lógicamente, en las obras fruto del trabajo individual de un solo autor. Su razón de ser reside, al igual que en los derechos que venimos comentando, en la necesidad de compaginar los derechos de todos los coautores.

Según la dicción literal del inciso que comentamos, parece que cuando exista "justa causa" el coautor sí podrá rehusar la nueva explotación. Entendemos que por "justa causa" no hay que exigir el "cambio de sus convicciones intelectuales o morales", necesario para ejercitar el derecho de retirada. En el ejercicio de la libertad propia del autor, sin que sus motivos personales sean irrelevantes, cobran especial dimensión las circunstancias externas a la propia visión autocrítica de la obra, como son la aceptación del público y la valoración de la crítica especializada que pueden servir de indicadores. Cuando no se suponga que existe abuso del derecho, estas circunstancias deberán ser aminoradas.

Puesto que se trata de un acto de explotación de los derechos patrimoniales de los regidos por el régimen de mayorías¹⁷⁹, a la hora de exigir justificaciones para negarse a la explotación, será de gran relevancia la proporción de coautores que pretenda reeditar la obra o se oponga a esta.

El derecho de arrepentimiento no ha sido expresamente previsto por el legislador al establecer el estatuto de las obras en colaboración, pero parece evidente que no se va a cercenar el derecho de los coautores al arrepentimiento cuando se reconoce al resto de los creadores.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ TAPIA, parece considerar suficiente el acuerdo tomado por la mayoría de comuneros cuando la cesión no tuviera como objeto divulgar la obra. Caso en el que aprecia una situación de cuasi cesión de derechos del coautor a la comunidad, la cual, por sus normas de adopción de acuerdos sobre actos de administración, podrá decidir sobre derechos que corresponden originariamente a cada comunero pero sin su consentimiento (*"La cesión..." cit.*, pág. 108).

Conforme al art. 14,6.º, para que un coautor pueda ejercitar su derecho de arrepentimiento han de concurrir causas excepcionales como son el "*cambio de sus convicciones intelectuales o morales*".

El coautor que pretenda ejercitar su facultad de retirada, al igual que el resto de los creadores, ha de indemnizar *previamente* por daños y perjuicios¹⁸⁰ a los titulares de los derechos de explotación; sólo que en este caso dentro de los titulares estarán además los restantes coautores¹⁸¹. Resulta evidente, además, que el deber de indemnizar a los cesionarios de los derechos de explotación correrá, únicamente, a cargo del coautor arrepentido.

Se ha planteado la posibilidad de que la obra pueda permanecer en circulación, modificada con la supresión o sustitución de la contribución retirada¹⁸². En nuestra opinión, tal solución sólo puede tomarse por unanimidad de todos los coautores, incluido el disidente que no podrá ser forzado a salir de la comunidad, o por resolución judicial.

El derecho al reconocimiento de la paternidad se configura en las obras en colaboración desde un doble perspectiva. Por un lado, la general que tiene todo coautor a que su autoría no le sea usurpada por un tercero, pudiendo exigir los coautores que figuren sus nombres en la obra; por otro, la de cada uno de los autores frente a los demás copartícipes.

¹⁸⁰ Se discute si dicha indemnización ha de limitarse al daño emergente o si, por el contrario, debe extenderse al lucro cesante. Se inclinan por la primera solución DESBOIS ("*Le droit d'auteur*" cit., págs. 490 y 491), LE TARNEC ("*Manuel...*" cit., pág. 243) y MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS ("*Le Droit moral...*" cit., págs. 165 y 166) quien es, incluso, más firme partidario del criterio restrictivo.

¹⁸¹ GRECO también se decanta, aunque con reservas, por considerar que el deber de indemnizar también nace frente a los coautores contrarios a la retirada ("*Collaborazione...*" cit., pág. 28).

¹⁸² GRECO (*op. y loc. cit.*) que resuelve en sentido positivo.

Cada coautor tiene derecho a que su nombre figure en la cubierta de la obra, en la publicidad o en los programas, sin que en principio pueda prevalecer la jerarquía de los colaboradores¹⁸³. Distinto será que se constate quien fue el director o coordinador; ahora bien, se debería hacer con las suficientes cautelas como para no eclipsar la participación de los coautores con el riesgo de incurrir en una obra colectiva.

El art. 7.º guarda silencio acerca de cómo han de ser tomados este tipo de acuerdos, por lo que parece que debería aplicarse el régimen de mayorías en base a la remisión a las normas de la comunidad. Aunque se trata del ejercicio de una facultad moral, entendemos que ante el vacío legal y la ingobernabilidad que supondría el tener que acudir al Juez en caso de conflicto, debemos optar por admitir las decisiones de las mayorías.

En cuanto al derecho al derecho de cada coautor a ocultar su identidad en el anonimato o bajo seudónimo, en principio, parece legítimo. Ahora bien, si los colaboradores, al acordar la creación de la obra, habían tomado especialmente en consideración la identidad de los colaboradores o de dicho coautor en concreto, parece que el cambio de opinión de aquél es contrario al interés de los demás coautores. Parece que mientras que la obra no haya sido divulgada deberá prevalecer el derecho particular del coautor a valerse del seudónimo o del anónimo¹⁸⁴, con independencia, en su caso, de las responsabilidades contractuales.

3.3.- Explotación separada de las aportaciones.

Cuando en la obra que resulta de una colaboración las aportaciones

¹⁸³ LE TARNEC considera esta práctica contraria a la regla de la igualdad de derechos ("*Manuel...*" cit., pág. 242).

¹⁸⁴ A esta solución parece llegar CAFFARENA LAPORTA, aunque con referencia al supuesto de autoría individual en que haya habido transmisión de derechos ("*Comentario al artículo 14*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 274).

de los coautores son distinguibles y susceptibles de explotación individual¹⁸⁵, la Ley mantiene, en principio, -salvo pacto en contrario y perjuicio a la explotación común-, el derecho de cada autor sobre su propia aportación diferenciable.

Esta situación dista mucho de cualquier parecido con la comunidad de bienes. Aquí, el objeto se desdobra de tal manera, que es posible la convivencia del disfrute común del conjunto de la obra con el disfrute particular de todas o algunas de las aportaciones. Al coautor le corresponde no sólo su cuota sobre la obra común sino también el derecho exclusivo, -respetando, como decíamos, ciertos límites-, sobre su aportación aislada¹⁸⁶.

El legislador del 87 ha mostrado en este punto un criterio mucho más abierto que el seguido por las Leyes europeas en las que se inspira¹⁸⁷. Así, el art. 10.4.º de la Ley francesa exige, para que puedan ser explotadas separadamente, que las aportaciones sean de géneros diferentes¹⁸⁸. Las diferencias con la Ley alemana son patentes: el §8 dispone que no hay

¹⁸⁵ Vid. lo dicho *supra* acerca de la indivisibilidad de las aportaciones, consecuencia del modo conjunto de realizar el ensamblaje de dichas aportaciones individuales (§ 2.1. de éste mismo capítulo).

¹⁸⁶ MIQUEL GONZALEZ aprecia que la autorización para explotar separadamente indica una independencia del derecho de cada uno sobre su aportación, que le sustrae, entre otras razones, de la aplicación del retracto de comuneros y provoca una clarísima improcedencia de la acción de división. Añade como parece que esta situación se podría explicar y regular simplemente con las reglas de la sociedad civil, que toman en cuenta el *intuitus personae* y se ajustan mejor a ella ("*Comentario al artículo 7.º cit.*", págs. 130 y 131). El inconveniente que podría encontrarse a lo primero, es que teniendo en cuenta que se trata de un precepto de carácter dispositivo, sería admisible que los coautores pactaran un retracto convencional, para el supuesto de enajenación de una de las aportaciones. En cuanto a lo segundo, y también por el hecho de tratarse de una norma de Derecho voluntario, difícilmente se podrían encontrar los coautores, sin pacto alguno, en una sociedad civil.

¹⁸⁷ Únicamente ha llegado más lejos el Código portugués de 1985, cuyo art. 18.2 ignora incluso la posibilidad de pacto en contrario.

¹⁸⁸ Durante la tramitación parlamentaria, Coalición Popular formuló en el Congreso una enmienda en este mismo sentido, que luego fue reproducida en el Senado. Tanto la exigencia de pertenecer a géneros diferentes como la formulación negativa del artículo fueron desestimadas por la Ponencia.

coautoría cuando las aportaciones son explotables separadamente, sino unión de obras teniendo sólo alcance jurídico obligatorio¹⁸⁹. El artículo 10 de la Ley italiana requiere también, para que haya colaboración, que las contribuciones sean indistinguibles e inescindibles. La obra resultado de las aportaciones separables de los colaboradores es considerada *obra colectiva*¹⁹⁰ de las reguladas por el art. 7.º de la Ley italiana.

El apartado 3.º del art. 7.º es, en su totalidad, Derecho dispositivo, y en principio parece que la libertad de pacto es absoluta. Ante la libertad que brinda caben, por tanto, dos posibilidades: que exista o no exista pacto al respecto.

1.º) Cuando no existe pacto al respecto, los coautores "*podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común*".

Parece obvio que, por la propia redacción del precepto, el perjuicio ha de valorarse *a priori*. En este sentido, la doctrina francesa habla de "*el peligro a un perjuicio*"¹⁹¹, de que "*no haya riesgo de perjudicar*"¹⁹², dando la idea de

¹⁸⁹ Aunque sin hacer referencia al mismo, ROGEL enjuicia el caso alemán de la *unión de obras* al criticar, señalando que puede resultar difícil admitir la «separación de la propiedad» a que se hace referencia en los supuestos de obras realizadas por distintos autores cuando estos, con unidad de tiempo e intención, han desarrollado un esfuerzo común e íntimamente compartido en pro de un todo armónico, en modo tal que, aun siendo físicamente diferenciables, las aportaciones de los unos estén en función y presupongan las de los otros ("*Autores, coautores...*" *cit.*, págs. 119 y 120).

¹⁹⁰ Para cubrir estos supuestos, se hace la filigrana jurídica de considerar que todos los colaboradores aportan, también, la organización y dirección de la obra; y como quiera que la titularidad de la obra colectiva la tiene quien dirige y organiza la creación, si todos colaboraron en la organización, a todos corresponde.

¹⁹¹ COLOMBET, "*Propriété...*" *cit.*, pág. 80.

¹⁹² LE TARNEC, "*Manuel...*" *cit.*, pág. 244.

previsibilidad¹⁹³.

Será presumiblemente lesiva a la explotación común la unión de la aportación a otra obra en colaboración de las mismas características.

El silencio que guarda la Ley sobre quien ha de juzgar dicho riesgo, hace pensar que su valoración corresponde al coautor que pretende explotar independientemente su contribución. Exigir el consentimiento de todos los demás, el de la mayoría o el del Juez, sería casi tanto como pedir la unanimidad. Ahora bien, para evitar futuros conflictos (p.e., en caso de perjuicio a la obra común) estimamos conveniente que se recabe la conformidad de los otros coautores, aunque su falta no provocaría la imposibilidad de explotar separadamente la aportación.

Si se produjera el daño, consideramos que lo que el Juez ha de ponderar es, precisamente, la previsibilidad del mismo. Pero si los demás coautores autorizaron a título particular dicha explotación, no parece admisible que vayan contra sus propios actos, pues ellos mismos estimaron no dañar la explotación.

2.º) Cuando existe pacto entre los coautores, este puede ser en cualquier sentido. Desde la posibilidad de no permitir la explotación de ninguna aportación, -cause o no perjuicio a la explotación común-, hasta la contraria de permitir todas sin importar el perjuicio que cause. Parece incluso posible que, dentro de esta gama infinita de pactos, quepa también la posibilidad de que la explotación de las aportaciones individuales les pertenezca a todos los autores por igual, o incluso en la misma medida que los derechos sobre el conjunto de la obra.

¹⁹³ Contrariamente, MIQUEL GONZALEZ señala que cuando se produce perjuicio a la explotación común es algo que no puede preverse de antemano con reglas precisas. Como pauta para apreciar si se produce perjuicio nos ofrece -certainamente- el criterio de la competencia de ambas en el mercado (*op. cit.* últimamente, pág. 131).

El pacto sobre la explotabilidad separada de las aportaciones podrá ser anterior o posterior a la terminación o, incluso, a la divulgación de la obra; y podrá ser modificado o sustituido por acuerdo de los coautores o sus herederos.

El art. 7.º 3 guarda silencio sobre si dicho acuerdo exige unanimidad o basta con la mayoría de los partícipes que represente la mayor cantidad de los intereses sobre la obra. Para aplicar las reglas de la comunidad, lo primero que habría que dilucidar es si la explotación separada de las aportaciones individuales constituye una alteración de la cosa común (art. 397 C.c.) y, por tanto, regiría la norma de la unanimidad, o si se trata de un acto de mera administración (art. 398 C.c.), rigiendo, consecuentemente, el principio mayoritario.

En principio, nos inclinamos por considerar que se trata de una *alteración* de la obra en colaboración, pues la explotación de una sola contribución modifica la obra común en los términos previstos por el art. 21 LPI para las transformaciones. Lo que ocurre es que, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo unánime, no parece lógico aplicar la norma dispositiva de libertad total, salvo perjuicio a la obra común. Entendemos, por tanto, que de no alcanzarse un acuerdo, deberá resolver el Juez.

Distinto del pacto será la autorización concreta dada a uno solo de los coautores para que pueda explotar su parte. En una autorización particular, todos los coautores habrán podido valorar la inofensividad de la explotación de determinada aportación. La explotación de la contribución de otro de los coautores, en cambio, podría resultar lesiva para la explotación común, no pudiéndose admitir, por tanto, la analogía.

Hemos encontrado una antinomia entre el derecho de explotación separada de las aportaciones y los derechos de explotación sobre las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción audiovisual. El

art. 114 LPI reconoce al *"productor de la grabación audiovisual los derechos de explotación de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual"*, incluido, el derecho de transformación. Esta excepción aparece tanto si calificamos la obra cinematográfica como obra colectiva o como obra en colaboración, pues en ambos casos las aportaciones resultan, -salvo pacto en contrario-, individualmente explotables; pero además, así lo dispone expresamente el art. 88.2. LPI: *"Salvo estipulación en contrario, los autores podrán disponer de su aportación en forma aislada, siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual"*.

Aunque, en principio, parece que cabría pacto en contra de esta atribución legal, puesto que la LPI se limita a sentar una atribución de derechos, resulta bastante improbable que la parte más débil del contrato, el autor, imponga al productor la renuncia a unos derechos que legalmente le corresponden.

El art. 121 LPI dispone que *"los derechos reconocidos en este Libro Segundo [los llamados derechos afines o conexos] se entenderán sin perjuicio de los derechos que correspondan a los autores"*¹⁹⁴. Por su parte, el art. 3.3.º invoca la *"compatibilidad"* e *"independencia"* entre el derecho de autor y *"los derechos reconocidos en el Libro II"*. Estos artículos admiten dos interpretaciones: considerar que se da una coexistencia de derechos o mantener que hay una situación de subordinación de los "otros derechos" al

¹⁹⁴ VALLES RODRIGUEZ, observa como dicho artículo tiene su antecedente claro en el art. 1.º de la Convención de Roma, que dispone que: *"La protección prevista en el presente Convenio dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esta protección"*. El art. 121 copia parcialmente este precepto, así como el análogo artículo 15 de la Ley francesa (*"Comentario al artículo 3.º"* en *"Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual"* cit., pág. 63, el subrayado es suyo).

derecho de autor¹⁹⁵. Pero en ningún caso parece que haya una supremacía de estos derechos afines sobre los derechos de autor.

En nuestra opinión, creemos que la mejor solución es interpretar el conflicto a la luz del art. 51.2 y 3. En este sentido, *"se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (art. 51.2). Así, p.e., el productor podrá reproducir los fotogramas para fines publicitarios; pero "en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores [de lo pactado y de el referido marco laboral]" (art. 51.3); p. e., la reproducción en serie del fotograma como poster con fines decorativos. Pero, esta interpretación es tanto como admitir la inoperabilidad del art. 114 LPI¹⁹⁶. Esta solución está más cerca de la consideración de las obras audiovisuales como obras colectivas en vez de como obras en colaboración, que hemos venido manteniendo a pesar de la calificación legal.*

En cuanto a la capacidad necesaria para llevar a cabo los pactos previstos entre los coautores para acordar la explotabilidad o no de las aportaciones, entendemos que será la misma exigible para determinar la proporción de los derechos de explotación que corresponde a cada coautor

¹⁹⁵ En este sentido, EDELMAN, B.: *"Droit d'auteur et droits voisins"*, en Actualité Legislative Dalloz, número special hors serie 1987, pág. 57 y ss.

¹⁹⁶ COCA PAYERAS, M. y MUNAR BARNAT, P. A. dividen en este supuesto, según se trate de *obras fotográficas* o de *meras fotografías*. El primer caso, lo califican de "conflicto técnicamente irresoluble". En cuanto a las "meras fotografías", el art. 121 resulta inaplicable puesto que ambos derechos se hallan en el Libro II, y ninguno de ellos es de autor. Pero dado que la LPI no ofrece criterio de supremacía de un derecho sobre el otro, entienden que hay que acudir al de la especialidad y entender que el artículo 114 se impone al 118 (*"Comentario al artículo 115"* en *"Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual"* cit., pág. 1.553 y ss.). Para nosotros, la división entre *obras fotográficas* y *meras fotografías*, aunque legal, supone entrar a juzgar sobre la calidad de la creación, lo cual parece contrario a la filosofía que propugna la propiedad intelectual.

sobre la obra conjunta y que veremos en el próximo epígrafe.

3.4.- Cuota de participación de los coautores.

En los supuestos de autoría individual, no cabe duda de que la creación pertenece por entero a su único creador. En las obras en colaboración, por el contrario, nos encontramos con el problema de cómo repartir más equitativamente la proporción en la que han de participar los coautores en la obra.

La nueva LPI deja, en principio, libertad de pacto¹⁹⁷ a los coautores. Su finalidad es que sean ellos mismos quienes juzguen el valor de las respectivas contribuciones, pues cualquier otro criterio apriorístico resultaría injusto.

El apartado 4.º del art. 7.º no exige formalidad especial para la conclusión de dicho pacto¹⁹⁸; y puesto que no se trata de una cesión, -ya que los creadores adquieren sus derechos de forma originaria, *ab initio*-, salvo que los coautores acuerden constituir una sociedad, no se aplicará la regla contenida en el art. 45. por la cual "toda cesión debe formalizarse por escrito". A pesar de las dificultades que la falta de forma puede plantear a la hora de la prueba, consideramos un acierto del legislador el no inmiscuirse en el proceso creativo exigiendo unas formalidades que en la mayoría de los casos serían ignoradas por los coautores. Además, esta falta de requisito formal nos aleja, en cierta medida, del hecho de que por la redacción del artículo, en las obras en colaboración parece que la autoría deriva del pacto.

¹⁹⁷ El apartado 4.º del art. 7.º ha de ser interpretado a la luz de los artículos 1.º, 5.º y el apartado 1.º del propio art. 7.º de la misma Ley. Esto es, como ya quedó dicho al referirnos a la necesidad de creación efectiva, dentro del grupo de coautores han de aparecer todos los autores y nada más que los autores.

¹⁹⁸ Lo mismo ocurre con el apartado 3.º que tampoco establece ninguna formalidad especial referente a cómo ha de constar el acuerdo sobre la explotabilidad de las aportaciones.

Su enunciado está planteado de modo inverso al de las Leyes en las que nuestro legislador se ha inspirado fundamentalmente. Tanto la Ley francesa de 1957, como la italiana del 41¹⁹⁹ presumen que los derechos de los coautores son iguales, salvo estipulación en contrario. No se trata sólo de una redacción diferente; pues, a continuación, el apartado 4.º *in fine* de la Ley española remite "en lo no previsto en esta Ley" a "las reglas de establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes"²⁰⁰.

La seguridad jurídica hubiera quedado mejor parada si el legislador hubiera precisado qué criterio debe regir a falta de pacto: igualdad de todos los coautores o proporcionalidad a sus respectivas aportaciones. La remisión a las normas de la comunidad en este punto resulta, cuanto menos, confusa. Por una parte, al tratarse de presunciones *iuris tantum* dejan abiertos otros medios de prueba; por otra, se plantean dudas acerca de las normas comunitarias que deben ser aplicadas.

Según el artículo 393, II del C.c. las cuotas se *presumirán iguales mientras no se pruebe lo contrario* (pero ésta es, a su vez, una presunción que puede ser destruida, incluso por otras presunciones²⁰¹). Como prueba en contra bastaría el desigual valor de las aportaciones, pues dadas las analogías -*vid. supra*- entre la comunidad surgida de la colaboración y la que es consecuencia de mezcla de bienes muebles, sería más adecuado el aplicar los arts. 381 y 382 del C.c.

¹⁹⁹ El art. 10. 4 de esta Ley exige además que dicho acuerdo conste por escrito.

²⁰⁰ MIQUEL GONZALEZ apunta cómo quizá hubiera sido preferible la regla del artículo 1.689, para la sociedad, según la cual la parte de cada socio, a falta de pacto, es proporcional a su aportación; pero, a pesar de la remisión literal a las normas de la comunidad, este autor llega, (por medio de la analogía de las obras en colaboración con los supuestos de mezcla y especificación), a la aplicabilidad del criterio de la proporción ("*Comentario al artículo 7.º*" *cit.*, pág. 132 y ss.).

²⁰¹ *Vid.* MIQUEL GONZALEZ, en "*Comentarios a los artículos 392 a 395*" en "*Comentarios al Código civil ...*" *cit.*, pág. 66.

La clave para poder aplicar la regla de la proporcionalidad reside, pues, en el valor de las contribuciones. Se ha aludido a la dificultad que entraña la valoración objetiva de las aportaciones, especialmente si son de distintos géneros. Pero, el considerar que los problemas de valoración son más sencillos cuando el género sea homogéneo es tanto como valorar las creaciones en base más a la cantidad que a la calidad²⁰² de las mismas. Ante la imposibilidad de valorar las aportaciones habrá que volver, entonces, a la regla de la igualdad del art. 393.

3.4.1.- Capacidad de los coautores para determinar la cuota de participación.

La facultad de determinación de las cuotas por pacto nos plantea un problema que ya quedó esbozado en el epígrafe anterior: ¿Qué capacidad ha de exigirse para que realizar este tipo de actos?

La creación de la obra constituye un hecho jurídico que, como tal no requiere una especial capacidad de obrar, ni siquiera una plena conciencia, pues el derecho tutela la obra del ingenio en cuanto que objetivamente presente determinados caracteres, con independencia del *iter* psicológico que ha requerido²⁰³.

Distinta de la capacidad para la creación es la capacidad de obrar²⁰⁴ necesaria para el ejercicio de los derechos de autor. En cuanto al ejercicio de los referidos derechos se plantean problemas de dos órdenes, consecuencia

²⁰² Nos parece que si se pretende valorar las contribuciones con ayuda, -además de por la calidad y cantidad de las contribuciones mismas- del prestigio de los coautores, el mismo habrá de ser juzgado siguiendo la cotización actual en el momento de la creación y no en el que surgieron los conflictos.

²⁰³ ASCARELLI, "*Teoría de la concurrencia...*" cit., pág. 654.

²⁰⁴ Resulta irrelevante que los demás coautores sean capaces o no, pues la incapacidad de unos no subsana la de los otros.

de la doble vertiente moral y patrimonial del derecho de autor.

Algunas legislaciones como la italiana²⁰⁵, prevén determinados aspectos patrimoniales, otras como la francesa²⁰⁶, o portuguesa²⁰⁷ se ocupan del ejercicio de los derechos morales.

En la LPI española, únicamente el art. 44 hace mención a la capacidad necesaria para la cesión de los derechos de explotación, contemplando un caso concreto, el de los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan en determinadas circunstancias, a quienes concede plena capacidad para ceder sus derechos de explotación²⁰⁸. Pero, además de todas las deficiencias técnicas que se le han atribuido²⁰⁹, este artículo no resuelve el problema que, ahora nos ocupa: aún siendo el coautor un menor

²⁰⁵ En este sentido, el art. 108 de dicha Ley establece que *"el autor que haya cumplido los dieciséis años de edad tendrá capacidad para llevar a cabo los actos jurídicos relativos a la obra creada por él mismo"*.

²⁰⁶ Así, el art. 53, § 2 de la Ley del 57 dispone que *"sin perjuicio de las disposiciones que rigen los contratos celebrados por los menores y los incapaces, se exigirá su consentimiento aun cuando se trate de un autor legalmente incapacitado, salvo si éste se encuentra en la imposibilidad física de otorgarlo"*. Aunque dicha norma aparece en el marco del contrato de edición, la doctrina se inclina por una interpretación extensiva del precepto (así, DESBOIS, *"Le droit d'auteur..." cit.*, pág. 260). Se considera que su razón de ser es porque los derechos morales quedan comprometidos, al igual que en aquellos casos que conciernen al estado de la personas (como el matrimonio o el reconocimiento de un hijo natural) que requieren el consentimiento del incapaz. Por el contrario, las modalidades de explotación podrán ser discutidas por su representante (COLOMBET, *"Propriété..." cit.*, pág. 207).

²⁰⁷ Acertadamente y de modo bastante genérico, el art. 69 del Código portugués dispone que *"El creador intelectual incapaz puede ejercitar sus derechos morales desde que tenga entendimiento natural para ello"*.

²⁰⁸ Esta solución que en el orden laboral es válida porque está prohibido el trabajo a los menores de 16 años, no nos sirve en materia de creación intelectual. La Ley parece olvidarse no ya del "genio" sino de la simple precocidad en la producción de obras literarias, musicales o artísticas (AYMERICH RENTERIA, R.: *"Algunas consideraciones sobre el derecho de autor en la nueva Ley de Propiedad Intelectual"*, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, pág. 65).

²⁰⁹ Vid. PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *"Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual"*, en *"Homenaje al Profesor Juan Roca Juan"*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, especialmente págs. 677 y ss.

emancipado o de vida independiente, no se cederían únicamente derechos de explotación. Al determinar la proporción de "*los derechos de propiedad intelectual sobre la obra en colaboración*" también se determina la cuota de reconocimiento de su condición de coautor (art. 14, 3.º LPI). Se podría renunciar de este modo a auténticas parcelas de autoría²¹⁰. Como consecuencia, habrá que aplicar las reglas generales que sobre capacidad de obrar establece el Código civil, compaginándolas con las normas de la propia LPI.

Pues bien, un incapaz puede perfectamente haber creado su obra en el seno de la colaboración. El problema surge de la doble naturaleza del derecho de autor. ¿Cómo compaginar los derechos económicos potenciales del autor menor de edad, con los derechos de naturaleza moral, más cercanos a los derechos de la personalidad?

En principio, parece que conforme a las normas generales establecidas en el C.c. el menor deberá estar representado por sus padres o tutores²¹¹, incluso cuando se trate de menores emancipados, pues la proporción en la que el menor participe en la obra puede ser un bien de extraordinario valor²¹², de los contemplados en el art. 323. del C.c., (posible incluso refiriéndonos únicamente al valor actual de la obra y no a su valor potencial, lo cual produciría cierta inseguridad jurídica).

En determinados supuestos, como es el ejercicio de la facultad de divulgación, se ve claro que la faceta moral del derecho de autor se antepone

²¹⁰ Distinto será, en cambio, el supuesto de pacto referente a la posibilidad de explotación separada de aportaciones, puesto que aquí no se renuncia a ningún aspecto moral de la autoría y la incapacidad del menor podrá ser suplida por su representante legal.

²¹¹ En este sentido, AYMERICH, *op. y loc. cit.* últimamente.

²¹² Continuando en la misma línea argumental de PEREZ DE VARGAS (*op. cit.*, pág. 678), si puede haber objetos de propiedad intelectual que, producidos por un menor de vida independiente que sea autor, tengan la consideración de "*objetos de extraordinario valor*", la cuota de un coautor de un objeto de extraordinario valor también será de extraordinario valor.

a la económica. Sería ilegítimo que se publicara la obra de un menor o incapaz sin su consentimiento por sus padres o representantes. Se aplica al ámbito de los derechos de autor como extensivo lo que dispone el art. 162.1 del C.c., y en caso de conflicto, la madurez del autor menor deberá ser valorada por la autoridad judicial²¹³.

En cambio, en el supuesto planteado, la determinación de la cuota de participación del coautor menor de edad, no es un acto que quede dentro de la esfera privada del autor. Los derechos de los otros coautores son inversamente proporcionales a los derechos del menor, que por ello puede verse inmerso en una situación de desamparo²¹⁴, pero en este difícil equilibrio tampoco se puede favorecer al autor menor de edad a costa de la participación del resto de los coautores.

Para adoptar el acuerdo sobre el reparto de la cuota de participación en la obra, (que, en definitiva versa sobre una *cuota de paternidad*), creemos que por comprometer el aspecto moral de la autoría, es el coautor menor de edad, siempre que tenga suficiente discernimiento, quien debe prestar su consentimiento de acuerdo con el art. 162. 1.º C.c.. Además, en principio será el propio menor de edad quién, como coautor, mejor pueda juzgar el montante de su participación en la obra.

3.4.2.- Derechos y deberes de los coautores.

Como consecuencia de la remisión del art. 7.º a las normas de la comunidad de bienes, podemos deducir algunas de las reglas que rigen para las obras en colaboración. Así, de acuerdo con el artículo 393 *ab initio*, el

²¹³ Sobre el tema véase, PEREZ DE ONTIVARES, "*Derecho de autor: la facultad de divulgación*" *cit.*, págs. 174 y ss.

²¹⁴ Un truco para burlar los derechos del coautor menor de edad que haya contribuido a la creación de la práctica totalidad de la obra podría ser, en base a la minoría de éste, tratar de aplicar las normas de la presunción de igualdad en las aportaciones de la comunidad de bienes. Entendemos que esta situación también sería claudicante.

concurso de los coautores, tanto en los *beneficios* como en las *cargas*, será proporcional a sus respectivas cuotas.

Dentro de las cargas están las contribuciones por los gastos comunes (art. 395 del C.c.) y las mejoras (p.e. el enmarcado de un cuadro o el mecanografiado profesional de la obra literaria). En cuanto a los derechos, serán tanto los de contenido económico como los correspondientes a la gestión de la obra común (salvo para el ejercicio de aquellos derechos que, como se ha visto, necesitan del consentimiento unánime de los coautores).

Los acuerdos sobre la administración de la obra han de ser tomados por mayoría de los partícipes (art. 398 C.c.)²¹⁵. Exigir unanimidad fuera de los supuestos exigidos en el art. 7º.2., para acuerdos que no afecten a los derechos morales de los autores, conduciría a frecuentes paralizaciones en la gestión de la obra. Parece, pues, que dentro de la remisión que hace el art. 7.º a las normas de la comunidad también se podría considerar aplicable el referido art. 398; por tanto, si no resultare mayoría, o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a los interesados en la obra común, el Juez proveerá, a instancia de parte, lo que corresponda. Este recurso a la autoridad judicial evita que, en el caso de que a un coautor le corresponda la mayor parte de los intereses, controle el futuro de la obra común ignorando los intereses del resto de los copartícipes.

Dentro de los actos de administración de una creación intelectual estarían aquellos que, una vez decidida su divulgación, tiendan a poner en práctica la misma. Así, en los supuestos de más trascendencia estaría, p.e., cuando una vez decidida por unanimidad, la edición del manuscrito, bastaría

²¹⁵ Y, no habrá tampoco mayoría, según el mismo artículo, *sino cuando el acuerdo esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.*

la mayoría para determinar la empresa editorial²¹⁶ o la encuadernación, o una vez acordada por todos la exposición de una obra plástica, no se precisaría unanimidad para la elección de la sala. Más dudoso sería la elección del motivo de la portada; pero entendemos que si la obra no es artística este tipo de decisiones no puede ser gestionado de igual forma que si se tratara de una modificación de la obra y, por tanto, no se debe exigir unanimidad.

En la hipótesis de que la publicación de la obra infringiera el Ordenamiento jurídico, las responsabilidades correspondería de modo exclusivo a los autores que con su conducta hubieran quebrantado la legalidad. En este tipo de obras, la participación de cada autor es más fácilmente identificable que en las obras colectivas, y de este modo, cada autor puede ser responsable a título individual de su participación en la obra, si se demostrase que los otros partícipes no han tenido nada que ver en tal infracción, a excepción del coordinador o director general²¹⁷.

²¹⁶ Para evitar reclamaciones de la minoría de los coautores, el editor debería exigir, en estos casos, que se le probara de forma fehaciente la intención unánime de divulgar.

²¹⁷ VEGA VEGA, *"Derecho de autor"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 82.

4.- DURACION DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACION. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA SUCESION MORTIS CAUSA DE LOS COAUTORES.

El efecto más sobresaliente tras calificar una creación de obra en colaboración es que, según el art. 28.1²¹⁸, el período de duración de los derechos de explotación no expira hasta sesenta años después de la muerte²¹⁹ del último coautor. Esta norma supone una ventaja para los causahabientes de los coautores que hayan premuerto al último coautor²²⁰.

En este punto ha de tenerse presente la precitada Directiva 93/98/CEE DEL CONSEJO de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y de determinados derechos afines. Según su art. 1.º 1 *"Los derechos de autor sobre obras literarias y artísticas a que se refiere el artículo 2.º del Convenio de Berna se extenderán durante la vida del autor y setenta años después de su muerte, independientemente de la fecha en la que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público"*. En cuanto a las obras en colaboración, añade el apartado 2.º de este mismo artículo que *"en el caso de una obra común a varios autores, el plazo previsto en el apartado 1 se calculará a partir de la muerte del último autor superviviente"*. Supone pues, únicamente, un alargamiento en diez años del período de protección de los derechos de explotación de los autores que acerca la legislación comunitaria a nuestra histórica protección de ochenta años tras la muerte del autor (Cfr. art. 6.º LPI de 1879) y que trataba de conciliar a los partidarios de la perpetuidad del

²¹⁸ El art. 7º. bis del Convenio de Berna dispone del mismo mecanismo para el cómputo del término de explotación y en el mismo sentido podríamos decir que están todas las legislaciones, en las cuales solamente variarán los plazos.

²¹⁹ Aunque el art. 28. haga referencia únicamente a la "muerte" del coautor entendemos que se ha de hacer extensiva, también, a la declaración de fallecimiento, tal y como dispone con carácter general el art. 26 LPI.

²²⁰ LASARTE ALVAREZ, C.: *"Comentario al artículo 28"*, en *"Comentarios a la LPI"* cit., pág. 484. Subraya, aquí, como esta norma beneficia, más que a los otros coautores, a sus causahabientes.

derecho de autor con los más progresistas partidarios de la temporalidad.

La LPI no contempla, como lo hace el nuevo Acta Británica de 1988, el problema de la duración de los derechos de explotación sobre la obra en colaboración cuyos autores son desconocidos o parcialmente desconocidos. Es de suponer que, por aplicación del art. 27.2 LPI, si un coautor admite que su creación es una obra en colaboración con otra persona cuyo nombre permanece oculto, el período de explotación será fijado por referencia a la fecha del fallecimiento del último coautor conocido²²¹.

Por aplicación también del art. 27. 2, cuando no se conozca la identidad de ninguno de los coautores, los derechos de explotación durarán sesenta años desde la divulgación de la obra, salvo que antes de cumplirse este plazo fuera conocida la identidad de alguno de ellos, en cuyo caso el período de protección se computará a partir sesenta años desde el primero de enero del año siguiente a la muerte de dicho coautor.

Con referencia a los herederos de los coautores, se plantea un supuesto que viene a perturbar bastante la gestión de la obra: si uno de los coautores, o su sucesor, muere sin herederos, según las reglas de sucesión intestada, sucede el Estado, como heredero *ab intestato* (arts. 956 y ss. C.c.). No deviene dominio público, situación que -al tratarse sólo de una parte alícuota de la obra- no tendría trascendencia práctica, puesto que en nuestra legislación no existe el *dominio público pagante*.

El Estado aparece, pues, como "comunero". Pero es un elemento extraño en la colaboración, que puede entorpecer no sólo las tomas de decisión de los herederos de los demás coautores, sino las de los propios

²²¹ Esta es la solución dada por SKONE JAMES y otros para el caso de la obra en colaboración en la que la identidad de alguno de los coautores permanezca anónima, puesto que el Acta de 1988 únicamente contempla el supuesto del coautor que firme bajo pseudónimo ("*Copinger and Skone James on Copyright*" cit., pág. 158).

coautores.

En nuestra opinión, la solución más acertada, y que aquí proponemos *de lege ferenda*, es la que nos proporciona el Derecho mexicano, según el cual, al morir alguno de los coautores, o sus sucesores, sin herederos, *su derecho acrece a los demás titulares*²²². Esta norma ha sido adoptada por el nuevo Código portugués en términos prácticamente idénticos²²³.

Surge otra duda relativa a los herederos de los coautores: ¿hasta qué punto participan junto con los otros coautores en la toma de decisiones? Partimos de la base de que el heredero de la propiedad intelectual no ocupa la misma posición que tenía el autor.

Conforme al art. 15, el derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, corresponde a la persona física o jurídica a la que el coautor se lo haya confiado expresamente y, en su defecto, a sus herederos; luego,

²²² Así, el art. 14 de la Ley Federal de Derechos de Autor, 29 de diciembre de 1956, (que en este punto se mantiene fiel a lo ya dispuesto por la primitiva Ley de 31 de diciembre de 1947), dispone que: "*muerto alguno de los coautores, o su cesionario, sin herederos, su derecho acrecerá el de los demás titulares*". Esta es una excepción a la norma general según la cual cuando un autor muere sin herederos la obra cae en el dominio público. Ya antes de la federalización de los derechos de autor, el Código civil de 1928 establecía que cuando heredaba la Beneficiencia Pública, cesaban los derechos de autor y la obra entraba al dominio público (LOREDO HILL, "*Derecho autoral mexicano*" cit. pág. 37). También, la iniciativa de ley para la reforma de la Ley de 1956 apuntaba que: "las reformas previenen que, cuando éste [el autor] muere sin herederos, toca a la Secretaría de Educación Pública salvaguardarlos, asumiendo así la responsabilidad de preservar un legado que ingresa, definitivamente, en el acervo cultural del país".

No vamos a proponer aquí una excepción en el orden de sucesión intestada extensiva a todas las creaciones intelectuales -por la cual el Estado no heredaría los derechos de explotación de las creaciones de autores fallecidos sin otros sucesores-, para que los derechos de autor pasen directamente al dominio público. Aunque no consideramos que una reforma en tal sentido sea descabellada, nos conformamos con el reconocimiento del derecho de acrecer para los cotitulares de la obra en colaboración. Sobre la legislación mexicana véase también, FORNS, J.: "*La nueva ley federal mejicana sobre el Derecho de Autor*", R.D.P., julio-agosto 1948, pág. 690, donde señala que, en tal caso, "sus derechos, en vez de entrar en dominio público, acrecen a los demás titulares" (el subrayado es nuestro).

²²³ Dispone el art. 51. 3. del citado cuerpo legal que "*si por muerte de uno de los autores de la obra en colaboración debiera suceder el Estado, el derecho de autor sobre la obra en su unidad seguirá perteneciendo a los restantes coautores*".

habrá que tener en cuenta cuándo los derechos de contenido económico están disociados de los de contenido espiritual.

La dificultad viene a la hora de determinar si su voto vale igual que el de los coautores supérstites. Es decir, si hace falta, también, su consentimiento para obtener la unanimidad necesaria para divulgar y modificar la obra, y si, para las decisiones que pueden ser tomadas por mayoría, su acuerdo cuenta en la misma medida que la proporción de su derecho en la obra.

En cuanto a la primera cuestión y como ha quedado sentado en otros lugares, el aspecto moral del derecho de autor con el fallecimiento del autor se transforma. Los herederos, -o al albacea *ad hoc*-, al defender los derechos morales del autor fallecido, no ejercitan un derecho que les es propio, sino que actúan como "mandatarios" del autor²²⁴. Por ello, la licitud de sus decisiones deberá ser juzgada siempre dentro de estos parámetros. Entendemos que, como garantes de los derechos del coautor fallecido, su consentimiento se requiere de igual modo que el de los demás coautores. En defecto de acuerdo, también el albacea o los herederos podrán acudir al Juez²²⁵.

²²⁴ En este sentido, Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L.: "El ejercicio «post mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual", Rev. Temis, núm. 11, 1962, pág. 37 y ss. Señala allí como si los vivos hacen uso del derecho moral de autor, esa defensa es en homenaje a la memoria del mismo autor, y no en provecho propio. El derecho moral ha cesado de constituir así un derecho absoluto y egoísta: es ahora un poder relativo, cuyo ejercicio está orientado a salvaguardar el pensamiento del autor y sus formas de expresión. Más que un derecho, podría hablarse aquí de un deber moral hacia la memoria del autor.

²²⁵ Analizando el derecho moral de modificación, se ha señalado que cuando se trata del ejercicio de estas facultades por los herederos del autor o por las instituciones oficiales de índole cultural, se advierte que en estos casos el derecho reviste más bien una función reparadora, pues muerto el autor de la obra, nadie tiene título perfecto para modificar ésta; pero sí plenitud de capacidad para impedir que la misma se profane (PEREZ SERRANO, N.: "El derecho moral de los autores", ADC, 1942, pág. 20). Pues bien, con referencia a las obras en colaboración, los derechos espirituales del autor fallecido están, también, en cierto modo, protegidos y limitados por los derechos de los otros coautores. En cuanto al ejercicio del derecho a la no divulgación por los derechohabientes del coautor nos remitimos a lo expuesto en el capítulo IV.

A propósito de la vigencia del régimen de las mayorías para los actos de administración entendemos que los herederos suceden en la misma proporción que correspondía a su causante no sólo en cuanto a la percepción de los frutos sino también en el modo de tomar los acuerdos. Esta solución se deduce de las normas de la comunidad de bienes y del derecho de sucesiones, puesto que nada en contra dice la legislación especial y no afecta a ninguno de los derechos en ella consagrados.

Capítulo III: Las obras colectivas.

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

El derecho español define la obra colectiva como aquella "creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y publica bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada" (art. 8.º 1 LPI)¹.

Las obras colectivas surgen como respuesta a las necesidades prácticas que las nuevas formas de creación imponen². El autor que compone en la soledad de su buhardilla va cediendo paso al autor que trabaja en equipo dentro del marco de una empresa que marca las pautas de cómo debe ser configurada la obra que se va a crear y que la financia. Por ello, la creación no se presenta ya sólo como expresión única de la personalidad de su creador sino como un producto de empresa que va a ser demandado por el público. Sin una pluralidad de autores y sin la empresa promotora, este tipo de obras no podrían acometerse.

La presión de los usos es tal, que antes de la construcción legal de las

¹ De este precepto se ha dicho que es una transcripción descarada del párrafo 3.º del artículo 9.º de la Ley francesa (VEGA VEGA, *op. cit.* pág. 81, nota 19). Pero, desgraciadamente, nuestro legislador ha sentido cierto pudor a la hora de traducir literalmente, alterando algunas de las palabras que no contribuyen precisamente a una mayor claridad del texto.

² La doctrina coincide en la necesidad de reconocer los beneficios de la propiedad intelectual a las empresas editoriales que son las que programan y realizan las grandes obras que exigen amplias colaboraciones. Aparecen como excepción a los principios básicos de la Propiedad Intelectual y como *mal menor* pues se impone una solución práctica. Como se ha señalado, el recurso a la noción de la "obra colectiva" es el idóneo para esta atribución a la persona jurídica de la propiedad intelectual, pese a que exista clara contradicción con el propio concepto de autor, reservado a la "persona natural que crea, concibe y realiza alguna obra científica, literaria o artística" (art. 5.1 [del Proyecto]) ESPIN CANOVAS, D.: "El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986", La Ley, III, 1986, pág. 978.

mismas, la doctrina y la jurisprudencia ya venían reconociendo a sus promotores derechos sobre las mismas³. En estas circunstancias, el Derecho no puede cerrar sus puertas a las nuevas formas de crear y disociarse de las exigencias que la práctica impone, aunque para ello haya de conciliar sus principios por vía de excepción.

Las obras colectivas, como resultado de un esfuerzo de un grupo organizado, de un esfuerzo colectivo⁴, no ofrecen siempre la posibilidad de una separación de las contribuciones creadoras y en ellas no basta el trabajo creativo para que la obra vea la luz⁵. Es indispensable el trabajo técnico y de organización. Con mucha frecuencia hay que emplear también importantes medios materiales y financieros⁶.

Las críticas que se levantan contra la configuración de las obras colectivas vienen fundamentalmente del menoscabo que sufren tres de los principios más sagrados dentro de la concepción continental de los derechos

³ Relata CEDRAS como en el derecho francés la noción se forjó tras una larga génesis pretoriana y doctrinal que se inició a comienzos del siglo XIX, al reconocer la jurisprudencia un derecho de autor inherente a las obras colectivas que no impedía que el titular fuese una persona jurídica (*"Les oeuvres collectives en droit français"*, RIDA, n.º 102, 1979, págs. 7 y ss.).

⁴ Por eso se ha dicho que, en las obras colectivas, la personalidad de los autores desaparece en el conjunto; frente a las obras en colaboración, donde se mantiene, DESANTES GUANTER, J. M.: *"La relación contractual entre autor y editor"*, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1970, pág. 60.

⁵ En opinión de ROGEL, es perfectamente posible que los distintos intervinientes, los distintos redactores de la obra se difuminen, siendo imposible identificar su concreta aportación, y resalte, en cambio, la labor de dirección y coordinación de la persona física o jurídica que, habiendo tomado la iniciativa de la misma, ostentará, con carácter exclusivo en vía de principio, la titularidad del derecho de propiedad intelectual sobre ésta (*"Autores, coautores..." cit.*, pág.105).

⁶ REHBINDER, M.: *"La posición del 'ghostwriter' en el derecho de autor"*, Ponencia de la Universidad de Zurich, en las *"Jornadas Hispano-suizas de Derecho de Autor"*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Mayo 1989.

de autor⁷. En primer lugar, la propiedad intelectual no corresponde al autor "por el solo hecho de su creación" (art. 1.º LIP); en segundo lugar, los derechos morales de los autores de las contribuciones se encuentran "*capitidisminuidos*"; por último, en las obras colectivas, la propiedad intelectual puede corresponder *ab initio* a una persona jurídica⁸. La doctrina pretende, a veces, justificar estas quiebras acentuando la actividad intelectual del coordinador⁹ -a quien en ocasiones elevan a la categoría de coautor-¹⁰,

⁷ Como oprobio a esta clase de obras, algún autor francés ha llegado a reconocer que su concepción es profundamente chocante y se parece más al "*copyright*" que al "*droit d'auteur*", EDELMAN, B.: "*Le droit moral des auteurs d'une oeuvre collective*", Rec. Dalloz, 13 (1988), pág. 164.

⁸ En este sentido, se ha señalado como la "obra colectiva" está integrada por un conjunto de aportaciones diversas, que han sido obtenidas, seleccionadas y ordenadas bajo la iniciativa y dirección de otra persona distinta de los colaboradores. Ninguno de éstos es considerado autor de la obra resultante, que pertenece a quien ha tenido la iniciativa de crear la obra y ha realizado esa actividad de dirección y coordinación. Pero la tarea es propia únicamente de una persona natural; no debería reconocerse a una persona jurídica (BAYLOS CORROZA, H.: "*Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual*", R.G.L.J., oct. 1986, t. XCIII, pág. 536).

⁹ Los autores italianos son especialmente propensos a ello, pues tienen que lidiar con la dicción literal de su art. 7.º que "considera autor de la obra colectiva a quien organiza y dirige la creación de dicha obra". Así, MARIOTTI equipara "organizar" con "seleccionar" (que supone un criterio específico) y con "crear" (basándose en que la ciencia es sobre todo método) y remarca como el viejo "concebir" ha sido absorbido por el actual "organizar" ("*L'opera collettiva nel diritto di autore*", I.D.A., I, 1959, pág. 27). Contrariamente, VARRONE considera que es posible pensar que el derecho de utilización económica de la obra colectiva corresponde al editor sólo en el caso de que haya sido efectivamente verificada la importancia determinante que para la creación de la obra ha tenido la organización empresarial del editor, pues el trabajo desempeñado debe ser considerado técnico-organizativo y no creativo ("*Manuale...*" cit. págs. 72 y 73).

¹⁰ En el capítulo anterior ya señalamos la posibilidad de que la contribución del coordinador sea computada como aportación creativa de un coautor, pero este supuesto había de ser considerado dentro del ámbito de la obra en colaboración. El coordinador-director solamente puede ser calificado de *coautor* en el contexto de la obra en colaboración. En la obra colectiva no hay coautores, sino *autores de las aportaciones singulares*, puesto que no crean conjuntamente. Por eso no se puede fundamentar la atribución de los derechos sobre la obra colectiva al editor-coordinador en base a considerar a éste coautor. Si se trata de una verdadera obra en colaboración, aunque el editor-coordinador sea, a su vez, coautor no por ello le corresponderán únicamente a él los derechos sobre la obra, sino que pertenecerán a todos los colaboradores, pues de otra manera se estarían burlando los derechos de estos coautores.

Es evidente el interés del editor de que la obra sea calificada de colectiva, aunque con ello se acorte el período de protección. Como se ha demostrado en algunos estudios, las obras protegidas disfrutan, en general, de beneficios económicos por un período mucho más corto que el de su vida legal, indicando que, con respecto a libros de referencia [que muy frecuentemente serán obras colectivas], las ventas alcanzan su cumbre en torno al año o dos

minimizando el valor de las aportaciones singulares¹¹ o recordando cómo a los legisladores no les repugna la idea de que algunas personas jurídicas ostenten originariamente los derechos de propiedad intelectual¹². Lo cierto es que como algún comentarista ha advertido, las objeciones teóricas formuladas por la doctrina son algo exageradas¹³.

No queremos caer en el error de considerar salvaguardados los principios de la propiedad intelectual en las obras colectivas bajo la base de

de su publicación y disminuyen después de forma gradual (SMITH, G. V. & PARR, R. L.: *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*, Ed. Wiley, New York, N.Y., 1989, págs. 316-322).

¹¹ En cuanto á la falta de derechos morales de determinados autores, GUIARDEL distingue, con relación a los artículos de prensa, según se trate de lo que podríamos llamar meros artículos -cuyos autores han aceptado por adelantado todas las modificaciones que se puedan hacer a sus "papeles"- y aquellos otros que presentan de un modo indiscutible los caracteres de una creación intelectual -cuyo derecho moral permanece entero en manos del periodista- (*"Le droit d'auteur des journalistes"*, Ed. Sirey, Paris, 1934, págs. 43 y 44). A menudo, se ha justificado, también, la imposibilidad de que el derecho de autor del empleado sea reivindicado, en la prácticamente nula originalidad o falta de carácter personal que presentan las pretendidas obras (Vid. PLAISANT, R.: *"The Employee-Author and Literary and Artistic Property"*, Copyright, october, 1977, pág. 275 y GAUTREAU, M.: *"Un principe contesté: le droit pecuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire"*, RIDA, nº. 84, 1975, pág.149).

¹² Así por ejemplo, la Ley italiana establece que las obras creadas para la Administración del Estado, de las Provincias y de las Comunidades y publicada bajo su nombre, por su cuenta y riesgo, el derecho de autor corresponde a dichos Entes (art. 11). Obsérvese que no coincide con el presupuesto de obra colectiva creada por las referidas Corporaciones Públicas -como personas jurídicas capaces de promover también estas obras- pues no se precisa, si quiera, que haya pluralidad de autores.

Otros, justifican esta brecha del sistema en base a la practicidad, el editor-persona jurídica goza y ejerce plenos derechos de explotación sobre estas obras, precisamente, porque se trata de una casuística muy compleja en la que sólo la atribución del derecho a la persona jurídica permite asegurar la normal explotación de la obra (CORRAL BELTRAN, M. del: *"La dimensión internacional del tema, ¿hacia el derecho del editor? Presente y futuro"*, en *"I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo II, pág. 789.

Por nuestra parte, nos atrevemos a añadir, aunque con cautela, -por no tratarse de un "verdadero" derecho de autor sino de *"otros derechos de propiedad intelectual"*-, que la LPI reconoce la adquisición *ab initio* de los derechos de explotación por las personas jurídicas en el caso del editor de obras inéditas que se encuentren en el dominio público (art. 119.1).

¹³ RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: *"Comentario al artículo 8.º"* en *"Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual"* cit., pág. 141.

potenciar la figura del promotor-director¹⁴ pues podría conducirnos de una parte, a la exclusión del concepto en los casos en los que la coordinación es más técnico-empresarial que creativa -sin resolver tampoco el problema de que, al consistir la aportación del director un trabajo creativo, la persona jurídica seguiría encontrando los mismos obstáculos para ser autor-; de otra, se ha apuntado que al despojar a los autores de las contribuciones de su libertad creadora, se transforma su título de autor en el de trabajador puro y simple¹⁵.

Al establecer el régimen de las obras colectivas el legislador ha tomado como modelo la realidad de las obras de tipo enciclopédico¹⁶ y periodístico¹⁷, aunque sin llegar a citarlas de modo ejemplificativo como se hace en otras

¹⁴ Comentando el texto de la Ley francesa FRANÇON observa como en definitiva se trata de obras en las cuales aquél que toma la iniciativa de realizar una publicación, elige a los colaboradores, reparte el trabajo entre ellos y en consecuencia juega un papel en la coordinación; añadiendo como, "sólo excepcionalmente, el derecho de autor puede nacer en cabeza de una persona moral" (*"La propriété littéraire et artistique"*, Ed. Puf, Paris, 1979, pág. 30). Si bien, en puridad, esto es cierto a la luz de las disposiciones legales, -salvo por la excepcionalidad de que los derechos de autor recaigan en una persona moral, lo cual, a nuestro modo de ver, no supone una excepción dentro de las obras colectivas-, en la práctica será muy frecuente que dichas actividades sean desempeñadas bien en el seno de la empresa por distintos individuos, diluyendo en cierta medida la misión del coordinador, bien por un coordinador asalariado que tampoco va a beneficiarse directamente de los derechos de explotación sobre la obra.

¹⁵ EDELMAN, *op. cit.* pág. 175.

¹⁶ Nos cuenta COLOMBET (*op. cit.* pág. 89) como en el curso de los trabajos de la Comisión de la propiedad intelectual fue precisada la intención del legislador que vio en estas obras una suerte de obra anónima - los diccionarios, las enciclopedias- que el editor publica bajo su nombre y que no deja de ser anónima porque sea conocida la lista de los colaboradores (se pensaba en el Diccionario de la Academia Francesa -obra de *los Cuarenta Inmortales*-, cuyas definiciones estaban redactadas colegiadamente por grupos que variaban para cada voz). Curiosamente esta concepción se aproximaba más a la de obra en colaboración que a la de obra colectiva. Este famoso Proyecto no se llevó a efecto y, al final, fue la concepción que se desprendía de la jurisprudencia la que prevaleció y fue consagrada por la Ley de 11 de marzo de 1957.

¹⁷ En este sentido, OLIVEIRA ASCENSAO ha subrayado que los periódicos suponen un banco de ensayo precioso como ejemplo de la obra colectiva, obra que por definición está atribuida a la empresa y no al creador individual (*"Derecho de Autor, Obra colectiva y Publicaciones Periódicas"*, Conferencia pronunciada el día 24 de marzo de 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid).

legislaciones¹⁸.

De igual manera que observábamos con respecto a las obras en colaboración, en las obras colectivas también encontramos una zona nebulosa en la cual puede dudarse el afirmar, de forma tajante, que se trate de una obra colectiva. En este tipo de obras, además, se presenta, con especial virulencia, el problema del concurso de normas como consecuencia de la posibilidad de superposición de varios regímenes¹⁹.

¹⁸ En este sentido, la Ley italiana de 1941 y el Acta estadounidense del 76 enumeran, en forma de *numerus apertus*, algunas de las obras que pueden caer dentro de esta calificación tales como enciclopedias, diccionarios, periódicos, etc.

¹⁹ De la obra colectiva se ha dicho que es una obra derivada o compuesta (art. 9.º), en la que hay que contar con el consentimiento de los autores que contribuyen con sus aportaciones (obras), para llevar a cabo la transformación que consiste en unirlas con otras obras u aportaciones (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 12" en "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", cit. pág. 261). Frecuentemente, además, se trata de autores asalariados, con lo cual, habrá que superponer el estatuto de los autores asalariados.

2.- REQUISITOS EXTERNOS.

De la noción legal de obra colectiva se deducen una serie de elementos que constituyen *a priori* los presupuestos de su existencia. Según la dicción literal del referido art. 8.º parece deducirse que el editor -persona natural o jurídica- ha de tener, cumulativamente, la iniciativa en la creación de la obra, coordinarla, editarla y publicarla. De ser esto cierto, cuando dichas actividades hubieran sido realizadas por distintas personas habría que excluir la calificación de obra colectiva. El inconveniente es que al no encajar tampoco en los otros supuestos de obras complejas habrían de ser calificadas como una especie de obras colectivas atípicas o innominadas²⁰, debiéndose aplicar, analógicamente, el régimen jurídico contenido en el art. 8.º. Veámos pormenorizadamente cada uno de estos requisitos.

2.1.- Iniciativa y coordinación del promotor.

2.1.1.- La iniciativa creadora²¹.

La obra colectiva se caracteriza por ser una obra resultado de la selección y coordinación de las contribuciones creativas que la componen²². Cuando la concepción ideal de la obra ha sido gestada en el seno de la empresa editorial -persona jurídica- o por el propio editor que coordinará la

²⁰ Contrariamente, la Corte de Casación Civil francesa consideró, en su sentencia de 17 de mayo de 1978 la obra colectiva como obra residual de la obra en colaboración, considerando que la lista del artículo 9.º, párrafo 3.º es taxativa, no existiendo, por tanto, obras plurales "innominadas" (Dalloz, 1978, pág. 662, notas de H. DESBOIS; y RIDA, nº 99, enero, 1979, pág. 159).

²¹ Con referencia a quién es el responsable por las lesiones al honor, fama y reputación infringidas en un artículo periodístico se ha señalado que la iniciativa, como acto intelectual, con trascendencia jurídica, parece que se trate de un acto personal del director, por el cual frente a terceros debe responder quien efectivamente tomó la decisión de publicar (RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* págs. 155-156). Nosotros, tomamos como punto de partida, la *iniciativa* en su sentido de hacer una propuesta, de principio de una cosa, en este caso de principio de una obra y no de toma de decisiones sobre la obra ya creada.

²² SANCTIS, V. de: "*Ancora in tema di diritti sull'opera collettiva*", IDA, III, 1963, pág. 214.

obra, como persona individual, no cabe duda de que estamos dentro del supuesto de hecho contemplado en el art. 8.º. Pero, la complejidad en el proceso de elaboración de estas creaciones, la imposibilidad material de que este tipo de obras sean llevadas a término por un autor individual -que, en cambio, podrá concebirlas- y la propia profesionalización de las editoriales que actúan por medio de autores asalariados y de otros técnicos, hará que en ocasiones se vacile a la hora de determinar si la iniciativa ha correspondido verdaderamente al editor. La iniciativa de la obra puede corresponder a persona o personas distintas del editor que le propongan a éste la realización de la misma.

Para resolver el alcance de la iniciativa hemos de partir de los mismos principios de la propiedad intelectual, según los cuales las ideas no son susceptibles de protección. En consecuencia, la simple idea para crear una obra sobre tal o cual materia, puede ser apropiada directamente por el editor, al igual que por un autor individual, con independencia de la relación jurídica que hubiera entre el editor y quien concibió la obra. Así, p. e., la propuesta para crear una obra colectiva ofrecida al editor por un tercero, sería absorbida como si se tratara de una idea original; por tanto, podría tomar desde ese momento los objetivos como propios y asumir el control en la dirección y desarrollo de la misma.

En apoyo de esta postura, podemos añadir que con respecto a las obras creadas por encargo o en cumplimiento de un contrato de trabajo, no tendrá relevancia que la iniciativa para la creación de la obra haya sido debida al comitente o al empleador o que sea debida al propio autor²³.

Si asimilamos la iniciativa a la idea originaria, germen de la futura obra, el requisito legal de la exigencia de dicha iniciativa al editor carecería, en cierto modo, de significado, lo que nos hace pensar que para que exista

²³ FABIANI, M.: "*Diritto di autore*" (voz) en "*Novissimo Digesto*", (*Appendice*) vol. II, COG-DIR, Ed. U.T.E.T., 1980, pág. 1.119.

iniciativa del editor hace falta un "plus".

El supuesto será, en cambio, de más difícil solución cuando al promotor se le presente un proyecto más o menos desarrollado de la futura obra, con un esquema, selección de materias, posibles autores de cada una de las contribuciones, un posible título o varios alternativos, etc.²⁴. Ya quedó señalada en el capítulo anterior nuestra posición acerca de cómo, quien concibe una idea creativa y la desarrolla convenientemente puede valerse de la acción del enriquecimiento sin causa y de otros medios que el Derecho ofrece, si prueba que le fue usurpada²⁵; o incluso cómo dicha concepción le puede colocar en la misma situación de coautor, cuando los coautores materiales de la obra le reconozcan como tal. Veámos ahora la misma situación trasladada al caso de las obras colectivas.

También cabe que, como consecuencia de la libre utilización de las ideas, el editor tome la iniciativa "a secas", la idea desnuda (como tal, *res communia omnium*) de crear una obra colectiva sobre la misma materia o con igual contenido que los propuestos, y a partir de ahí, prescindiendo del proyecto que se le ofrecía, comenzar sus propios trabajos de proyección, coordinación, dirección, etc. En este caso no se obligaría a nada frente a quien concibió la idea abstracta y proyectó otra obra.

Por el contrario, si el editor pretende utilizar el mismo plan, tal y como se lo presentaron, habrá de estar a lo que convenga con quien tuvo y desarrolló la iniciativa. Al no tratarse todavía de una creación intelectual

²⁴ RODRIGUEZ TAPIA estima lógica la existencia de un plan previo al cual estará sometida la publicación y que comprenderá tanto el diseño conceptual de la obra, como la planificación de contratos ulteriores que pueda tener que acordar el director o el editor, en vista del personal del que habitualmente ya dispongan (*op. cit.* pág. 149). Pues bien, creemos que este plan ha podido ser ideado y proyectado en gran medida por persona distinta del promotor a quién se le ofrece luego para su posterior ejecución .

²⁵ Señala CEDRAS como la idea originaria puede ser objeto de una protección a título de competencia desleal (*op. cit.* pág. 27).

protegida, la facultad de disposición sobre el trabajo es mucho mayor. No existe ninguna facultad de orden moral ni económico que haya que salvaguardar, etc.²⁶ y, por tanto, la cesión puede consistir en una enajenación total del trabajo; si bien, nada obsta a que quién concibió se reserve algún derecho²⁷.

Se observa cómo las obras colectivas se caracterizan porque *su génesis deriva directamente de la iniciativa* que toma una persona física o jurídica, que coordina además las respectivas aportaciones de cada uno de los coautores²⁸. Sin embargo, la pregunta que se plantea es qué ocurre cuando la iniciativa y la coordinación parten de distintas personas. Se suscita aquí, a quién corresponde la calificación de promotor en estos supuestos, en los cuales el editor se ha subrogado en la labor iniciada por otro. ¿Puede el editor conservar su papel de promotor cuando se subroga en la labor de otro?

Cuando la iniciativa y la coordinación de la obra colectiva no parten del editor, su papel parece que se acerca más a la clásica figura del editor como simple empresario²⁹ que a la de aquella que se trata de recompensar con la

²⁶ Nos hemos de plantear aquí, si dentro de la libertad de pactos cabría la posibilidad de que el editor encargara a la misma persona que concibió el plan, la futura coordinación de la obra, actuando éste, a partir de ese momento, como mandatario del editor. El límite a esta libertad viene impuesto por la duda que surge a la hora de calificar esta obra como de auténtica obra colectiva y no de una obra en colaboración, puesto que el papel del editor en la promoción de la creación es totalmente pasivo, salvo en el aspecto económico. Esta misma duda podría incluso surgir, aunque con menor intensidad, cuando el coordinador hubiera presentado únicamente al editor la iniciativa de la obra sin desarrollar, otorgándole éste plenos poderes para su ejecución.

²⁷ Derechos que pueden tener incluso un trasfondo moral, p. e. que aparezca su intervención en la obra (paternidad de la idea), pero que derivan de pacto.

²⁸ CARBAJO GONZALEZ, J.: "*La nueva regulación española en materia de propiedad intelectual*" (I y II), AC, núms. 28 y 29, 22 y 29 octubre 1989, pág. 891. El subrayado es nuestro.

²⁹ RODRIGUEZ TAPIA ha entendido que si no ha habido iniciativa editorial y lo que hace la persona natural o jurídica es editar el trabajo ensamblado y coordinado por otros (autores más coordinador no editor), estaremos más bien ante un supuesto de edición (aunque no

configuración de este tipo de obras. No sólo por la falta de "iniciativa", sino también por la merma en su función de "coordinador".

Sin embargo, nos encontramos ahora en los primeros estadios del *iter* creativo. El trabajo del responsable de la edición se caracteriza por su poder de concepción, de organización y de control sobre la obra³⁰. Si bien, el editor pudo no haber participado en la fase de concepción, -que ya hemos visto que no tiene relevancia jurídica- y de proyección, podrá hacerlo en la de elaboración y desarrollo, de manera que aún le resta cierta esfera de dirección.

En principio, se trata de una situación parecida a cuando la obra ha sido coordinada por un mandatario del editor; pero en estos casos, al haber partido la iniciativa del editor, el coordinador actúa, en cierto modo, "coordinado" a su vez por el editor para quien trabaja o que le encargó la dirección de la obra y, por tanto, en representación del editor³¹. En este sentido, la jurisprudencia francesa ha estimado que el editor, aún cuando ha encargado la coordinación a otro, en base a que la iniciativa ha partido de él, conserva su papel de "maestro de obra"³².

revista el carácter típico descrito en el art. 59.2 LPI) o de cesión de derechos de reproducción en que una de las partes es una pluralidad de personas. La simple edición no basta para adquirir la titularidad; es necesario además haber incitado y coordinado las aportaciones (*op. cit.* pág. 163). Parece, pues, que este autor entiende que la iniciativa y la coordinación del editor han de estar yuxtapuestas.

³⁰ En un primer momento de la evolución de la obra colectiva, el trabajo del director era asimilable a un "trabajo del espíritu", aunque no fuera creativo *strictu sensu*, y se ejercía a un doble nivel: aquél de la concepción y de la organización de la unión y aquél de la puesta en relación de las diferentes contribuciones con la unión (EDELMAN, *op. y loc. cit.*); contribuciones que, en nuestro supuesto, aún no han sido tan si quiera creadas.

³¹ Un ejemplo claro de la disociación entre la iniciativa y la coordinación lo tenemos en uno de los paradigmas de las obras colectivas: las obras periodísticas, en las cuales la iniciativa parte del titular o titulares de la empresa y, en cambio, la coordinación es llevada a cabo por el director de la publicación.

³² Conviene recordar aquí el *affaire des Glénans*: el "Centro internacional de navegación a vela" de Glénans tomó la iniciativa de publicar un curso de navegación en tres tomos. Philippe Harle, uno de los autores, fue además encargado de coordinar los esfuerzos para

A *sensu contrario*, cuando la falta de iniciativa del editor es suplida por la del coordinador, puede ocasionar la incompatibilidad con la calificación de obra colectiva, cuando ésta no se justifique tampoco con la posterior coordinación. Así, en el caso de que el coordinador proponga al editor la iniciativa junto al plan a seguir, podremos estar ante dos supuestos: bien ante un caso de obra en colaboración³³, bien ante una auténtica obra colectiva pero en la que el titular no sería el editor, que se limita a una participación meramente económica, sino el coordinador como verdadero impulsor de la obra.

En caso de que la obra fuera calificada como *obra en colaboración* los derechos pertenecerán originariamente a los coautores, dando lugar, por tanto, a la remuneración proporcional y al alargamiento del período de protección. En consecuencia, sería nulo todo pacto que concediera derechos *ab initio* al editor, incluso aquél contrario a que "los derechos sobre la obra corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre" (art. 8.º

la realización del primer tomo. Cuando se reeditó, Harle pretendió obtener la calificación de coautor, para así poder beneficiarse del canon de participación proporcional. La Corte de Casación desestimó su demanda basándose en que "el Centro náutico había seguido siendo el "maestro de obra", y que si "Philippe Harle había sido encargado de "coordinar los esfuerzos" para la realización del primer tomo, su participación se fundaba en una unión "en la cual el objetivo de formación perseguido por el Centro otorgaba su unidad" (Cass. civ. 1.º, 1.º juill. 1970, D. 1970.769, note B. E.; *RTD Comm.* 1971.333, obs. DESBOIS). Este fallo ha sido muy criticado por la doctrina. El profesor DESBOIS ataca esta decisión al decir que la Corte de Casación ha deformado la realidad de la obra colectiva pues el tomo primero, redactado en gran parte por el demandante, podría ser considerado como una obra en colaboración, dando lugar, entonces, a la remuneración proporcional ("*Le droit d'auteur en France*", cit. pág. 208 y ss.). Pero también se han formulado algunas reservas en relación a estas observaciones de DESBOIS: "el eminente autor escribe que el impulso y el control ejercidos por el Centro no son suficientes para que haya obra colectiva: «promover, coordinar y revisar, no es crear»: de una parte -señala COLOMBET-, la coordinación es una tarea de creación, de otra, se podría decir lo mismo de cada uno de los casos, no discutidos, de aplicación de la noción de obra colectiva; y la lógica de esta argumentación es que la noción de obra colectiva debería desaparecer totalmente; y esto no es, por tanto, deseable (cfr. DESBOIS: "*Traité*", § 173); COLOMBET: "*Propriété littéraire et artistique...*", cit. pág. 89 y 90. Parece pues, que la iniciativa del editor basta para calificar la obra de colectiva pues, presupuesta ésta, la coordinación se sobreentiende.

³³ Es de imaginar que así se habría considerado en el citado caso *Glénans* si la iniciativa del primer tomo hubiera partido de Harle puesto que además de coordinador, era autor.

in fine), sencillamente porque dicha obra estaría bajo el régimen del art. 7.º.

Se habría producido un vaciamiento de las labores de iniciativa y coordinación del editor que, efectivamente, deben ser desempeñadas por él para que las normas de la obra colectiva entren en juego. En este caso, el editor sólo podría oponer que, una vez aceptada la iniciativa ajena, él mismo había colaborado junto con el maestro de obra en la coordinación, asumiendo un papel de control sobre éste.

Pero, por el contrario, en el supuesto que venimos planteando, la concepción del plan y la coordinación no recaen sobre la misma persona. Cabe, por tanto, que, tras aceptar el plan ajeno, el editor cumpla él mismo con la labor de coordinador o que la encargue a otro. En el primer caso, se puede admitir que el editor, aceptando el plan y llevándolo él mismo a cabo, asuma la función de coordinador y, con ello, retome el papel de promotor. Quién concibió el plan, al desentenderse totalmente de su posterior desarrollo, renuncia a ése trabajo que no llega a ser, tan siquiera, una renuncia a su autoría, puesto que la obra aún no existe. Podríamos decir que el editor, al coordinar, absorbe integralmente la iniciativa como propia. El segundo caso, - creemos- se trata de un supuesto muy parecido: una vez que el editor toma la iniciativa con el propósito de realizar la obra, asume también ésta como propia³⁴. Luego, al encargar la coordinación a un tercero, lo hace dentro de sus funciones de dirección y control³⁵.

Un caso muy parecido será cuando la obra colectiva es creada por la iniciativa que hemos venido llamando "idea a secas" del editor, que encarga

³⁴ Curiosamente, la iniciativa que adquiere a título derivativo, trae causa para adquirir la obra colectiva a título originario. Ocurre, entonces, algo semejante a la adquisición sobre las contribuciones las cuales son adquiridas *ab initio* en manos de los autores y sólo derivativamente las adquiere el promotor.

³⁵ En los casos en que el editor, tras adoptar la iniciativa ajena, encargue la coordinación a un tercero, ya sea empleado o mandatario, habrá siempre cierto margen de duda; especialmente porque siempre se podrá alegar que el editor se ha limitado a publicar la obra creada -tanto en su concepción como en su realización- por otros.

al coordinador su posterior desarrollo, así como la coordinación de la misma. La iniciativa que engendra la obra es de las que hemos considerado que eran *res communia omnium* y, en consecuencia, apropiables por cualquiera; más en concreto, por quién realice la obra. Esto es, el editor presenta una idea sin relevancia jurídica y una obra coordinada por otro. La iniciativa del editor se reduce pues, a una idea general y abstracta sobre la creación de una obra futura y a la elección del coordinador. Hay que determinar a quién corresponde el papel de promotor: al editor o al encargado de la coordinación.

Se trata de una cuestión muy delicada: no consiste simplemente en una apreciación de hecho, sino de ver el verdadero alcance de la iniciativa. Antes, veíamos la trascendencia de dicha iniciativa analizando hasta qué punto es sustituible por la iniciativa ajena; ahora, reduciéndola, queremos ver si ésta es prescindible.

Pues bien, de una parte, tenemos el hecho de que el editor en muchos casos será una persona jurídica y que, por tanto, a la hora de materializar cualquier proyecto, tendrá que recurrir siempre a personas naturales para su ejecución. Otorgar distinto tratamiento al editor que sea persona física parece injusto y contrario a la letra del artículo 8.º LPI que no establece distinciones entre ambos tipos de editores. De otra, tras haber aceptado como promotor al editor que toma la iniciativa de otro y encarga su ejecución a un tercero, hemos de reconocer que en el caso ahora debatido el editor ha participado en la concepción de la obra; después, igual que ocurría en el caso de la "cesión" de la iniciativa, ejerce su control mediante la elección del coordinador.

En relación a este tema surgen algunas dudas relativas al caso en el que sea un asalariado quien haya planeado la futura obra colectiva,

especialmente allí dónde se haya extralimitado en el celo de sus funciones³⁶. Esta situación será más difícilmente concebible en el marco de la obra hecha por encargo³⁷.

Como sucede tantas veces en materia de propiedad intelectual, no se puede dar una solución uniforme. Una de las características de estas obras es la pluralidad de sujetos que intervienen en distintos conceptos y bajo diferentes relaciones jurídicas. Podemos decir que, en general, los sujetos que contribuyen a la creación de las obras colectivas van desde el coordinador y los autores, hasta el editor, ya sea persona natural o jurídica, pasando por recopiladores de datos no susceptibles de ser considerados creación intelectual, por ejecutivos que deciden en última instancia sobre la viabilidad de la futura obra y seleccionan a su vez al coordinador y/o a los autores, etc., que podrán, a su vez, coincidir o no con aquél que tuvo la iniciativa. Además, esta situación se puede presentar aún cuando la actividad principal del empresario no sea la divulgación y publicación de obras del espíritu (p.e. una empresa de maquinaria que proyecta la creación de un manual de instrucciones de sus productos o de un catálogo).

³⁶ Pues bien, los mismos problemas que se plantean con respecto a los autores asalariados cuando *crean obras*, creemos que pueden presentarse, *mutatis mutandis*, con respecto al empleado que *proyecta* una obra colectiva. Es fácilmente concebible que un empleado, fuera del marco de sus obligaciones laborales pero con ocasión del desempeño de su trabajo, proyecte y coordine una obra colectiva; esto ocurrirá, cuando un trabajador que no esté obligado por su trabajo a la creación o coordinación de obras del espíritu, promueva la realización de una de ellas por considerarlo conveniente para la empresa en la que presta sus servicios; p. e. un ejecutivo de una firma de auditores que encarga a los servicios informáticos de la compañía en conexión con el departamento de contabilidad determinado programa contable. En cuanto a la recompensa debida por el enriquecimiento que supone para la empresa puede adoptar la forma de ascenso, incremento de salario, gratificación... o cualquier otra que las partes convengan.

³⁷ BONDIA advierte que en el caso de la obra por encargo, el objeto de la prestación se refiere únicamente a una creación determinada ("*Los autores asalariados*", Ed. Cívitas, REDT, núm. 19, sept. 1984, pág. 420); por tanto, otras obras o proyectos creados por el autor no entrarán en el objeto de la relación contractual mantenida con el comitente, siendo entonces de libre utilización por parte de éste. Además hay que añadir "el hecho de que, generalmente, el autor de una obra hecha por encargo disfruta comparativamente de un tratamiento más generoso que puede ser explicado por la asunción de una mayor libertad de crear relativa" (CUVILLIER, R.: "*Employment and Copyright*", Copyright, april 1979, pág. 117).



A diferencia de lo que veíamos en las obras en colaboración en las cuales regía el principio de igualdad entre los coautores, en las obras colectivas algunos autores pueden ostentar situaciones jurídicas de privilegio con respecto a los demás, dependiendo de cada uno de los contratos particulares de creación celebrados entre cada coautor y el editor.

Será más frecuente que se plantee en relación con empleados altamente cualificados que planeen obras sin haber sido estrictamente requeridos a ello, porque está en la naturaleza de sus funciones tomar algunas iniciativas³⁸, y a la vez, su contenido laboral está menos definido.

En primer lugar, hemos de examinar si la solución a nuestro supuesto - autor asalariado- seguirá el mismo régimen que si se tratara de un autor no asalariado³⁹, en cuyo caso las normas de propiedad intelectual tendrían la misma *vis atractiva* con respecto al, llámemosle, "promotor independiente" que tienen con el autor asalariado y que le sustraen de algunas de las reglas del derecho laboral. Si el empleado ha proyectado la obra fuera de su relación

³⁸ CUVILLIER hace esta observación, si bien, sólo con referencia a creaciones consumadas y no a meros proyectos ("*Employment...*" cit., pág. 116). En cuanto al criterio para determinar si una obra creada por un asalariado ha sido realizada fuera del ámbito de su empleo y, por consiguiente, la obra pertenece al autor asalariado o no, BARTA nos ofrece un camino bastante acertado: argumenta, *a sensu contrario*, que si el hecho de que el empleado no hubiera ejecutado la obra puede ser calificado de infracción de las obligaciones laborales, dicha obra habrá sido creada en el marco del contrato de empleo. Más adelante, señala este mismo autor, cómo el hecho de que la obra haya sido efectuada durante el tiempo de trabajo, utilizando medios materiales y aparatos que pertenecen al empresario y con ayuda de colaboradores de la empresa, no califica la obra automáticamente de obra realizada por un empleado ("*Le droit d'auteur et la créativité d'employé*", RIDA, núm. 121, 1984, págs. 105-107 y 119 y ss.). Se refiere pues, únicamente, a medios materiales o a mera mano de obra; pero ¿podría admitirse que se sirviera de medios humanos tales como otros creadores? Este caso parece que escapa del mero planeamiento de obra de autor asalariado y que, aquí, ya se trataría de una verdadera labor de coordinación. Desde otro punto de vista, la concepción y planeamiento de la obra hecha por un alto ejecutivo, en especial, cuando el empleador sea una persona moral, puede ser tenida en cuenta como emanada de los mismos órganos de la compañía, siendo más difícil de justificar la atribución de derechos sobre ese trabajo al empleado.

³⁹ Partimos de que quién planifica una obra colectiva puede ser un *autor asalariado* u otro tipo de empleado; pero, en cuanto a la concreta obra colectiva proyectada, no puede ser considerado autor a menos que participe en la futura elaboración de las contribuciones.

laboral, podrá exigir una recompensa al empresario cuando éste pretenda llevarla a término, o bien, en caso contrario, ofrecerlo a un tercero. Esta última posibilidad sólo será posible cuando no infrinja los límites de la competencia desleal. Por el contrario, si el plan fue desarrollado en cumplimiento de las obligaciones de su trabajo, al no tratarse todavía de una obra, el proyecto pertenecerá, sin ningún tipo de reservas, al empleador, pues no entrarán en juego los límites del artículo 51.3 LPI. Esto es, podría darse, incluso, la situación límite de que el empleador fuera quien enajenara el proyecto, pues según las normas de Derecho del Trabajo las plusvalías corresponden al empresario.

Se presenta un difícil obstáculo para la aplicación del estatuto del autor asalariado a éstos empleados que conciben o proyecten alguna obra colectiva: así como la Ley no ha vacilado en llamar autores a quienes realizan las distintas contribuciones, se cuida mucho de calificar al coordinador de autor, consciente de que su intervención puede no ser creativa⁴⁰.

Cuando la iniciativa y el plan parten del empleado habrá que distinguir según se hayan verificado en el cumplimiento o no de su trabajo. Consideramos que las pautas para saber si el trabajo ha sido realizado dentro o fuera de la relación laboral, serán las mismas que las dadas para las obras consumadas creadas por asalariado. En cambio, las consecuencias no serán las mismas: al no tratarse de una verdadera creación intelectual, si el trabajo fue concebido dentro del marco de la relación laboral el plan pertenece, sin reservas, al empresario. Pero aunque la proyección de obras no se corresponda con las obligaciones laborales del empleado, siempre que se relacione con la actividades de la empresa, el plan le pertenecerá igualmente.

⁴⁰ Resulta contradictorio, sin embargo, con la falta de reconocimiento creativo del coordinador que el art. 14. reconozca expresamente, como objeto de propiedad intelectual *las colecciones de obras ajenas, como las antologías, y las de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales...*; supuestos, algunos de ellos, en dónde, a veces, lo único digno de protección, al ser el único elemento original, es el plan seguido para la disposición de los materiales (p. e. cuando el material seleccionado sean obras caídas en dominio público o meros datos).

En conclusión, consideramos que, en términos generales se puede decir que los requisitos que exigen al promotor la iniciativa y la coordinación de la obra colectiva, no han de darse de forma acumulativa (al menos en sentido riguroso), sino que basta con que se dé uno solo de ellos. De un lado, si la iniciativa partió del editor y luego delega la coordinación en otro, basta dicha iniciativa para considerar que el editor "controlaba" la coordinación. De otro, si el editor no tuvo la iniciativa, sino que aceptó la ajena, pero se encarga de la posterior coordinación, adoptará aquélla como propia, puesto que la iniciativa no es un trabajo protegible por la propiedad intelectual, sino que encuentra, en su caso, protección a través de los contratos, del principio de la buena fe o de la teoría del enriquecimiento sin causa. Como consecuencia, de las dos situaciones anteriores cabe también la posibilidad de que el editor adopte la iniciativa ajena como propia y encargue a otro su coordinación, en cuyo caso ni tiene la iniciativa, ni coordina. A pesar de algunas reservas, en principio, aceptaremos la posibilidad de que dicho supuesto esté dentro de las obras colectivas, aun cuando el editor no haya tenido la iniciativa ni haya coordinado directamente la ejecución de la obra colectiva.

Hasta aquí, hemos venido haciendo referencia a la iniciativa tomada bajo el prisma de la obra colectiva en su conjunto. Conviene ahora hacer una breve mención a la iniciativa particular de cada una de las aportaciones concretas. Como punto de partida, las aportaciones de los autores han de ser concebidas para la obra colectiva ("contribución personal ... para la cual haya sido concebida", reza el art. 8.º LPI), lo que supone la preexistencia de un plan creativo general dentro del cual les habrán sido encargadas a los autores las distintas aportaciones mediante un contrato⁴¹. La iniciativa sobre las contribuciones quedará subsumida en la iniciativa general del promotor.

⁴¹ Dicho contrato podrá ser el "contrato de creación" -contrato previo a la elaboración de la obra colectiva del que habla CEDRAS (*op. cit.* pág. 3)- o un contrato de trabajo, etc. Por su parte, ASCARELLI considera que presupuesto de la norma es la existencia de una edición de la obra colectiva (ya que atribuye el derecho de utilización al editor) y, por tanto, de un contrato de edición, que generalmente versará sobre obras a crear (*op. cit.* pág. 706).

Esto es: salvo que no se trate de obras concebidas para tal publicación, las cuales no formarán en rigor parte de la obra colectiva, precisamente porque el art. 8.º exige que las contribuciones hayan sido concebidas para formar parte de la obra colectiva.

Que las contribuciones han de haber sido concebidas para su incorporación en la obra colectiva es obvio en el caso de las obras de tipo enciclopédico, pues sería impensable que un autor redactara aisladamente y como obra independiente alguna *entrada*. Pero este requisito aparece incluso en las contribuciones periodísticas. Es más, en las obras colectivas de tipo periodístico este requisito de que las aportaciones hayan sido concebidas para su incorporación en la obra colectiva, sirve para distinguir qué aportaciones forman parte de la obra colectiva y cuales son obras independientes. Así, un artículo de un columnista habitual, es concebido para su incorporación en el periódico, mientras que la publicación de un cuento o un poema que no hayan sido creados con vistas a su incorporación en el periódico, serán obras independientes aunque sean publicadas conjuntamente⁴².

No debemos olvidar, tampoco, que "la iniciativa" en la creación está referida, en cierta medida también, a una proposición de tipo empresarial⁴³.

⁴² Existe un género de contribución periodístico que, a pesar de su universalidad, presenta una iniciativa atípica digna de mención: *las cartas al director*. Estos opúsculos son concebidos para su inserción en la obra colectiva, la única excepción será cuando la misma carta sea enviada a varias publicaciones con la esperanza de que alguna se haga eco. Sin embargo, la iniciativa de su creación parte del propio autor, salvo que tengamos en cuenta la invitación general hecha al público por el director al publicar dicha sección. El hecho de tener abierta la referida sección -creemos- puede ser considerado como una oferta, y el envío del artículo será la aceptación. Otra posibilidad es considerar que se trata de obras independientes, y por tanto con vida independiente de la de la obra colectiva en la que se publican. El inconveniente a la hora de considerar que se trata de obras independientes es el gran poder de control que el director del periódico tiene sobre las mismas.

⁴³ Quizá por ello se ha señalado que el promotor toma la iniciativa de la creación en la obra colectiva proponiendo a los creadores la realización de la misma (CEDRAS, "*Les oeuvres collectives...*" cit. pág. 15), propuesta que ha de ser contemplada desde su faceta de editor-empresario.

Desde este punto de vista, la iniciativa surge cuando hay una voluntad por parte del empresario de poner los medios (no sólo económicos, sino también humanos y técnico-organizativos) necesarios para que la obra sea llevada a cabo. Por ello, la iniciativa no consistirá en un *contrato atípico de edición de obra futura*⁴⁴ sino que comprenderá un conjunto de contratos parciales⁴⁵ con cada uno de los autores y con el coordinador en cuyo contenido constará que las aportaciones van encaminadas a la consecución de la obra colectiva.

Como consecuencia, junto al nacimiento de la obligación de remuneración, el promotor contrae una verdadera obligación de información. En base a dicha obligación, el promotor-coordinador debe exponer a los autores de las aportaciones las líneas generales de la obra colectiva proyectada⁴⁶. El empresario conserva "el control" sobre la realización de la obra y al asumir la iniciativa, aunque delegue en otro la coordinación, no pierde la condición de promotor.

Limitar el significado de la iniciativa a su contenido empresarial lleva a equiparar la iniciativa del promotor de la obra colectiva con la actividad del clásico editor que encarga una obra futura, de la cual no derivan derechos de

⁴⁴ Llamaremos así a este contrato puesto que el art. 59. 1. excluye del contrato de edición a las obras futuras. Mediante este contrato, el editor adquiere únicamente un derecho a título derivativo; por el contrario, por medio de los contratos en los que se encargan las aportaciones para una obra colectiva, el editor adquiere los derechos originarios sobre el conjunto de la obra.

⁴⁵ CEDRAS los llama contratos de creación, ("*Les oeuvres collectives...*" *cit.*, pág. 15). En adelante nosotros emplearemos la misma terminología.

⁴⁶ CEDRAS, (*op. y loc. cit.* últimamente), quién llega a decir que si el defecto de información es suficiente como para causar error en el consentimiento del creador, ha de exponer el contrato de creación a la nulidad o rebajarlo a un contrato de edición. Para nosotros, siguiendo en este punto a RODRIGUEZ TAPIA, este deber de información es la otra cara de la moneda de la obligación de subordinación de los autores al proyecto contractual previsto y a las instrucciones del director -a la que se refiere HUGUET ("*L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*", LGDJ, Paris, 1962, pág. 89 y ss.)-; subordinación que alcanza, también, al propio director que no tendrá poderes omnímodos, puesto que él mismo estará sometido también al proyecto de la obra colectiva. Si bien, como ha puesto de manifiesto RODRIGUEZ TAPIA, todo plan, como los contratos en él englobados, tendrá un carácter aleatorio considerable (*op. cit.* pág. 149).

autor, por encomiable que sea su labor. De ahí la necesidad de acentuar la importancia que el apoyo empresarial tiene para que la obra colectiva pueda ser llevada a cabo⁴⁷. No en vano, la función del editor empieza mucho antes de que sea creada la obra.

2.1.2.- La labor de coordinación.

En principio, según la letra del art. 8.º LPI, la coordinación habría de ser llevada a cabo, también, por la persona que difunde la obra. No parece que la misión del coordinador haya de consistir en una actividad literaria, científica o artística, pero sí creemos, en cambio, que sea exigible cierta dosis de originalidad⁴⁸. De no ser original, la unión de las aportaciones así ensambladas estará más cerca de constituir una amalgama de obras independientes -de las descritas en el art. 9.º2.- que una verdadera obra colectiva digna de protección en su conjunto. Si estas obras fueran calificadas como colectivas se estarían burlando los derechos de los autores.

Algunos han considerado que las obras colectivas han de ser creadas por la iniciativa y bajo la coordinación de una sola persona natural o jurídica⁴⁹, creyendo posible descartar la calificación de obra colectiva cuando se trate de

⁴⁷ Se ha hecho gran hincapié en el sentido de considerar la diferencia en la función del editor de la obra colectiva de aquella que no lo es. El editor de una obra colectiva al asumir la responsabilidad y los riesgos de organizar y publicar la referida obra merece un reconocimiento más sustancial que el editor que imprime una novela de Hemingway que se puede permitir el lujo de hacer una primera tirada de diezmil ejemplares... Si se piensa en las innumerables dificultades de cada género y en la capacidad organizativa que requiere la creación de una obra colectiva se ve claramente como el editor de esta unión es digno de la más alta consideración, (MARIOTTI, "*L'opera collettiva...*" cit., pág. 29).

⁴⁸ En este sentido, RODRIGUEZ TAPIA, "*Comentario al artículo 8.º*" cit. pág. 149.

⁴⁹ RODRIGUEZ GARCIA, C. J.: "*Una nueva sistematización jurídica de las Propiedades Especiales*", Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 95 (el subrayado es nuestro). En la autorizada opinión de CEDRAS, en esencia dicha coordinación sólo puede ser global y única, es decir, que ha de aplicarse a la obra en su conjunto y ser el resultado de una sola persona o grupo de colaboradores que trabaje estrechamente (op. cit. pág. 21 y ss. el subrayado es también nuestro). En nuestra opinión, este trabajo en equipo podría darse tanto en el seno de una editorial que fuera persona jurídica como de la que fuera titular una persona natural.

una obra generada por las aportaciones suscitadas y difundidas por un promotor bajo su nombre si la coordinación no fue hecha por él⁵⁰. Otros aceptan que la idea creativa pueda pertenecer a persona distinta de quien dirige⁵¹, estimando que hubiera sido más justo que el legislador hubiera considerado conveniente dividir el derecho de autor entre el organizador y el director⁵².

Dada la posibilidad de que la iniciativa ajena sea absorbida por el coordinador-editor, nos centraremos ahora en si, verdaderamente, es

⁵⁰ CEDRAS, *ibidem*, también excluye, en este caso, la calificación de obra en colaboración, a pesar de la concurrencia de derechos indivisos, puesto que no emana de un «concurso» entre el promotor y los coordinadores. Finalmente, considera que, a falta de acuerdo, habría que prever un reparto a partes iguales entre todas las partes interesadas, promotor y coordinadores. Pero como las pretensiones del promotor y de los coordinadores no tienen la misma base, a este autor le parece más adecuado el reparto a medias. Esta estricta concepción de la obra colectiva le conduce a considerar bastante precaria, en la mayoría de las hipótesis, la calificación de obra colectiva: aunque a menudo el coordinador se contente con una remuneración en concepto de contrato de trabajo o de obra, sin reclamar además una remuneración a título de derecho de autor, tratándose de una situación condicional.

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con una extensión indiscriminada del derecho de autor al coordinador. Nos parece que la única vía para repartir los derechos sobre la obra, cuando promotor y coordinador no coinciden (o actúan, a su vez, mediante una especie de relación de colaboración), sería mediante la calificación de la obra de "*obra colectiva atípica*" o por el pacto al que hace referencia el último inciso del artículo 8.º. Al no cumplirse todos los requisitos exigidos por el artículo 8.º pero al constituir, sin embargo, desde el punto de vista funcional una obra colectiva (formada por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida...), los derechos sobre la obra no corresponderían únicamente a "la persona que la edite y divulgue bajo su nombre", sino que pertenecerían pro indiviso a aquellos que la hubieran promocionado y coordinado. Nos parece que esto sería, así, aún en los casos en los que el "coordinador-no-promotor" fuera también autor de alguna o algunas de las aportaciones particulares, siempre que no se tratara de una verdadera obra en colaboración.

⁵¹ Así, MARIOTTI, entiende por "organizar", la actividad intelectual que presupone una concepción original y que equivale a la selección y disposición técnica e ideológica; mientras que "dirigir" la creación de una obra colectiva, quiere decir expresar la idea creativa que ha sido la base de ésta (aunque esta idea pertenezca a persona distinta de quien dirige) y autónomamente efectuar aquel trabajo de selección y de coordinación de las distintas partes que es el elemento indispensable para la atribución del derecho de autor sobre el conjunto (*op. cit.* pág. 32 y ss.).

⁵² *Ibidem*, el autor se refiere en particular a las obras colectivas periódicas, proponiendo la división del derecho entre el editor, -responsable de la actividad organizativa de primer plano-, y el director del periódico. Pero no hay óbice para extender esta interpretación al resto de las obras colectivas cuando el editor y el coordinador no coincidan.

necesario que la coordinación sea realizada por una única persona o por un equipo. Estamos pensando en la posibilidad -que ya estudiamos en relación a las obras en colaboración- de que la obra sea coordinada por varias personas jurídicas, p. e., una obra creada por varias instituciones, dónde cada persona jurídica se encargaría de coordinar las aportaciones de sus miembros y, con posterioridad, los representantes de cada una de ellas⁵³ coordinarían los esfuerzos.

Ya vimos como este tipo de obras no podía ser incluido entre las obras en colaboración; tampoco se trata de obras compuestas o derivadas puesto que consisten en obras originales que no incorporan otras preexistentes (únicamente aportaciones). Las obras complejas que mejor se adecúan son las colectivas. Lo más frecuente será que, de acuerdo con el último inciso del art. 8.º, exista pacto acerca de cómo han de ser repartidos los derechos⁵⁴. El pacto podrá ser en cualquier sentido, tanto orientado al reparto entre todos los colaboradores, como a la adjudicación exclusiva de la titularidad a uno solo de ellos. A falta de pacto, y también de acuerdo el art. 8.º, los derechos "corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre". Tampoco parece posible otra solución que no sea la pactada o la derivada de la presunción legal. También parece, sin embargo, contrario a dicha presunción que los derechos sean repartidos cuando haya habido una coedición.

Según el art. 8.º el coordinador puede ser tanto una persona natural como jurídica aunque, obviamente, la coordinación, como actividad física e intelectual sólo puede ser desempeñada por personas naturales.

⁵³ En definitiva, se podría decir que se trata de *una obra colectiva coordinada por un equipo*, pero al consistir en un grupo heterogéneo parece escapar del supuesto descrito por CEDRAS que veíamos antes. La distinta procedencia de los "colaboradores" hace necesario revisar el régimen jurídico.

⁵⁴ En principio, los contratos entre los editores podrán regirse por las normas previstas en los arts. 27 y ss. de la Ley del Libro, aún vigentes pero nada obsta a que, dentro de su libertad contractual, convengan otra cosa.

En un principio, parece más fácil que sea una persona jurídica quien se beneficie de la calificación de obra colectiva⁵⁵, al existir la ficción de que las personas naturales que la integran actúan en su nombre, pues, de otro modo, una obra colectiva no podría pertenecer nunca a una persona moral. Frente a esto, cuando el editor fuera una persona natural, supuestamente tendría que encargarse él mismo de la coordinación para que la atribución de los derechos sobre la obra cobrara sentido. Pero en ambos casos puede entrar en juego el mecanismo de la representación⁵⁶.

El problema reside en que de acuerdo con lo anterior, aún se diluye más la participación creativa del editor y se justifica peor la adquisición de la

⁵⁵ A este respecto ha señalado MARIOTTI cuan poco importa que el editor sea, en su caso, una sociedad, porque pueden ser cada uno de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad quienes reivindiquen la paternidad moral de la concepción de la obra, así como los distintos redactores de la parte de su contribución moral en la creación de la misma (*op. cit.* pág. 30). Sorprende que este autor identifique la sociedad con los miembros del Consejo; éstos expresan la voluntad social, esto es, la de la persona jurídica que la sociedad comporta, al margen de cual sea la postura de cada uno de sus miembros: la voluntad es la adoptada por la mayoría, por eso, habrá siempre una sola voluntad.

Para nosotros el problema no reside en la atribución de la titularidad, la cual viene determinada *ex lege* a la persona jurídica, sino en la justificación de que dicha persona jurídica ha participado en la actividad organizativa y directiva, actividad que puede haber sido desarrollada en el seno de la empresa pero fuera del Consejo de Administración. Esta disociación entre la titularidad y la coordinación de la obra es patente en las publicaciones periódicas donde el propietario del periódico o los consejeros y el director rara vez coinciden.

⁵⁶ El Derecho no exige en el empresario un despliegue de actividad directa y personal; le basta que la actividad del empresario se ejercite *en nombre de éste*, aunque de hecho venga desarrollada por personas delegadas. De ahí que puedan tener la condición de empresarios, los menores, los incapacitados, los ausentes, etc., en cuyo nombre actúan sus representantes, y las personas jurídicas (sociedades), que necesariamente han de valerse de personas físicas para el desarrollo directo e inmediato de la actividad empresarial. Por otro lado, la exigencia de que la actividad empresarial se ejercite *en nombre propio* permite, de una parte, separar y distinguir la figura jurídica del empresario de aquellas otras personas que en nombre de él (factor, administrador de la sociedad, representante legal, etc.) dirigen y organizan, de hecho, la actividad propia de la empresa; y de otra, atribuir al empresario la titularidad de cuantas relaciones jurídicas con tercero genere el ejercicio de esa actividad. El empresario, actúe o no personalmente, es quien responde frente a tercero y quien adquiere para sí los beneficios que la empresa produzca (URIA, R.: "*Derecho mercantil*", 20.ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 34; los subrayados son suyos). En principio, adquieren también originariamente las obras colectivas coordinadas por sus representantes. Ahora bien, como ha señalado DIEZ PICAZO, aunque en ocasiones se hable de representación legal de las personas jurídicas, ésta no es una representación legal, toda vez que no dimana directamente de la ley, sino de un acto voluntario y de un acto de autonomía privada de la persona jurídica, como puede ser su regla fundacional o su sus estatutos ("*La representación en el Derecho Privado*", Ed. Cívitas, Madrid, 1979, pág. 287).

titularidad por él mismo. Pero, a la vez, es más acorde con la forma de actuar de las empresas editoriales y las necesidades prácticas del sector.

Por nuestra parte, creemos que la clave reside en el alcance que demos a la representación del editor por el coordinador⁵⁷. El coordinador-director asume la representación del editor con independencia del vínculo laboral, sino por razón del mandato con *poder general*⁵⁸. Por eso, el editor

⁵⁷ RODRIGUEZ TAPIA ha observado como, en realidad, el art. 8.º describe tres actividades: quien coordina y dirige, la autoría y quien edita y publica (párrafo 1) /divulga (párrafo 2). Pero parece exigir que sean dos partes: una, los autores; otra, la persona natural o jurídica que toma la iniciativa, coordina, edita y divulga. En esta última cuestión parece imposible, salvo que imputemos la coordinación del director al editor (por efecto de representación legal o mandato), que haya sólo dos clases de sujetos intervinientes (*op. cit.* pág. 154; el subrayado es suyo). Nos parece que, efectivamente, sólo por medio del recurso a la representación, -pues el editor, como mandante, sólo adquiere originariamente si el mandatario actúa en su nombre-, se puede compaginar la realidad tripartita de la creación de las obras colectivas con las exigencias legales.

⁵⁸ Con referencia a las obras periódicas, RODRIGUEZ TAPIA continúa el planteamiento que en su día formulara DESANTES ("*Los derechos de autor sobre el material publicado en prensa*", RCDI, 1975, I, pág. 46). En este sentido, ha manifestado que la propiedad de lo producido se atribuye por razón de un mandato con poder general, y no por un vínculo laboral, que le sirve de cobertura al empresario editor del periódico y que le faculta para beneficiarse de la actuación del director en nombre de su representado. Se fundamenta, sobre todo, en el artículo 39.2 de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta, (el cual, concede tácitamente al director, un poder típico para representar y obligar al empresario en todo lo relativo al ejercicio de las funciones de su cargo y, especialmente, en cuanto a las responsabilidades derivadas de lo publicado), que no debe estimarse derogado por la C.E. Pero, en cambio, este autor hace hincapié en que lo anterior no demuestra que el mandato atribuya la propiedad intelectual al comitente, aunque explica legalmente la correlación entre actuación en nombre del empresario y atribución, conforme al art. 8.º-2 LPI. Por otra parte, insiste también en que todo lo anterior sólo puede ser aplicable a las publicaciones periódicas y agencias informativas, en tanto siga vigente la Ley 14/1966, pero duda que quepan analogías con las demás obras colectivas (*op. cit.*, pág. 155). Sentado lo anterior, parece que queda clara la representación del propietario del periódico por el director o redactor jefe. La cuestión que persiste ahora es, por un lado, si efectivamente, como nosotros manteníamos, con independencia de la Ley de Prensa e Imprenta es concebible la existencia de una relación de apoderamiento de la empresa editorial por el director-coordinador cualquiera que sea el tipo de obra colectiva de que se trate; esto es, por el mero hecho de actuar como factor de la empresa; por otro, si el editor adquiere los derechos sobre la obra a título originario.

A propósito del autor asalariado y como justificación de la adquisición de derechos por el empresario se ha sostenido, también, que el empleado que ejecuta un trabajo creador es el *plenipotenciario* del empresario -*Stellvertretungstheorie*-, su ayudante. Acertadamente, GLOY ("*Das Urheberrecht des Angestellten unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsverhältnisse bei Film - und Gruppenwerken*" - Diss. Hamburg, 1962, pág. 24 y ss., citado por BARTA, *op. cit.*, pág. 91), considera discutibles con respecto a la adquisición a título originario de la obra por parte del empleador estas construcciones. Por nuestra parte consideramos que, -aún no siendo admisible la adquisición originaria en manos del

adquiere *ab initio* los derechos sobre la obra colectiva⁵⁹, porque al actuar por

empresario con respecto al autor asalariado que crea una obra, por ser contrario al principio que rige en el Derecho continental de considerar autor únicamente a la persona natural que crea la obra-, no hay, en cambio, ningún inconveniente con respecto al coordinador de las obras colectivas.

⁵⁹ En contra, ASCARELLI estima que la atribución del derecho de utilización al editor de la obra colectiva se produce a título derivativo, como resulta de la misma referencia a la posibilidad de pactos en contrario. Precisamente por eso, justifica que se haya afirmado la aplicabilidad de la norma aunque el editor no hubiera participado en la actividad creadora. Esta interpretación no hace más que especificar lo que es consecuencia del contrato de edición, sin prejuzgar el problema de la efectiva participación de una persona física, el editor o director de la Sociedad editorial en la creación de la obra y, por consiguiente, de su calificación como coautor de la misma ("*Teoría...*" cit. págs. 706 y 707). En nuestra doctrina parece también contrario a la adquisición originaria de derechos RODRIGUEZ TAPIA, al decir que si la propiedad intelectual se adquiere con la creación, el pacto, (al que se refiere el art. 8.º, 2.º párrafo), será de transmisión (*op. cit.*, pág. 161); en cambio, desde un punto de vista práctico parece admitir que, en cierto modo, haya representación, -y esta vez en relación a las obras colectivas en general-, pues dice que: "la ficción -si se quiere- de considerar una misma persona al editor y al director que actúa en su nombre -aunque, por tratarse de actividad intelectual, se comprende difícilmente- hace posible que la misma persona que con un brazo coordina la obra, con el otro la edite y, en fin, la adquiera desde el principio. Al ser el director mandatario del empresario, no puede plantearse la transmisión de derechos regulada por el artículo 51 de nuestra Ley" ("*Comentario al artículo 8.º*" cit., pág. 156).

MARIOTTI se muestra, en cambio, partidario de que al editor le corresponda el derecho patrimonial a título originario (*si badi bene!*) y al director, el derecho moral. "Yerra -dice- quien sostiene que el editor pueda jactarse de los derechos de autor sobre la obra colectiva sólo como consecuencia de un contrato de edición con el director de la misma; es más, si así fuera, ¿de qué serviría el art. 38 [artículo que salvo pacto en contrario, adjudica el derecho de utilización económica sobre la obra colectiva al editor sin perjuicio de los derechos derivados del art. 7.º]?" (*op. cit.* pág. 33 y 34). Pero hemos de tener en cuenta que el art. 7.º de la Ley italiana "considera autor de la obra colectiva a quien organiza y dirige la creación de dicha obra", con lo cual se facilita bastante la atribución originaria de derechos a éste. Vid. también entre los partidarios de la adquisición *ab initio*, BERERENBOOM, *op. cit.* pág. 146.

Para nosotros, el recurso al mecanismo de la representación permite que sea compatible la adquisición originaria de los derechos en cabeza del editor con la posibilidad de pacto en contrario. Para que la adquisición originaria no se verifique en cabeza del editor, el pacto debe ser previo al poder. Si el pacto fuera posterior a la creación de la obra, dicho pacto sería traslativo; pero contrariamente a lo que en principio pudiera pensarse, sólo derivativamente correspondería a los autores.

En apoyo de esta tesis -nos parece- tenemos que frente al art. 51 que hace referencia a "la transmisión al empresario de los derechos de explotación", el art. 8.º habla de "los derechos sobre la obra" de una manera mucho más omnicompreensiva, pudiendo incluir tanto facultades económicas como morales. Además, si consideramos que el editor adquiere a título derivativo no se explica cómo le corresponden determinados derechos morales sobre el conjunto de la obra colectiva, como decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma o a mantenerla inédita, el derecho a determinar bajo qué nombre ha de ser divulgada, así como a determinar el título y exigir el reconocimiento de su condición de coordinador, etc..., derechos que, no huelga repetirlo una vez más, son irrenunciables e inalienables.

Esta proposición presenta un grave escollo: si partimos de que la propiedad intelectual se adquiere con la creación, ¿quién es el creador de las obras colectivas? De una parte tenemos a los autores de las aportaciones, a los cuales no es "posible atribuir

medio de representante no se produce una transmisión (una cesión consecuencia del contrato) sino una comunicación de la actividad del coordinador al editor. Como resultado de la relación de apoderamiento es que el margen de libertad del coordinador a la hora de desempeñar su misión no excluya la titularidad del editor⁶⁰.

Este planteamiento es válido porque la labor de coordinación no es equiparable a la autoría, la cual es irrenunciable e inalienable (art. 14 LPI).

La obra colectiva, como producto de una empresa, admite que las relaciones entre el promotor y los autores sean tanto laboral como contractual (arrendamiento de obra o de servicios). Cuando la relación que une al autor con el promotor sea laboral, la adquisición originaria del editor deriva también de los principios de la normativa laboral. En cuanto al coordinador, al no ser considerado como autor⁶¹, el Derecho del trabajo no se ve constreñido por las normas de propiedad intelectual y el producto de la actividad organizativa revierte en el empleador que se convierte en el propietario de las plusvalías. La atribución de derechos al empleador (editor) siempre resulta menos problemática en tema de obras colectivas ya que en éstas ni siquiera los

separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada", pero que, en cambio, como autores de cada una de estas aportaciones adquieren originariamente, por creación, ciertos derechos económicos y morales sobre sus propias aportaciones; de otra, el promotor-coordinador que, aún no siendo creador, es quien promueve, selecciona y dirige la realización del conjunto de la obra. Pues bien, consideramos que esta actividad de promoción y dirección puede ser llevada a cabo en el marco de la representación, gracias, precisamente, a que no se trata de una actividad creativa en sentido propio. Es curioso como nuestro legislador, que no se ha atrevido a calificar al promotor-coordinador de "autor", haga referencia a la obra colectiva como "la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona...". Con ello admite cómo el resultado de la obra colectiva se debe más a la iniciativa y coordinación que a cada una de las aportaciones de los autores.

⁶⁰ Si las instrucciones dadas por el editor al director-coordinador fueran tan precisas que anularan la libertad de éste, la titularidad sobre la obra colectiva también correspondería al editor ya que, en este caso, actuaría directamente como coordinador, siendo el director un mero ensamblador de aportaciones ajenas con criterios también ajenos.

⁶¹ La adquisición del empresario de los derechos sobre la obra del autor asalariado es derivada puesto que se adquieren por cesión. "La transmisión al empresario de los derechos de explotación..." dispone el art. 51 LPI.

autores conservan derechos sobre la totalidad de la obra⁶².

Anteriormente vimos como la iniciativa podía "pertenecer" a un empleado cuando su trabajo no consistiera en la proyección y coordinación de obras del tipo de la ideada. Pues bien, si tras la concepción y proyección de la obra, el empleado -sin necesidad de la anuencia del empleador- se encarga de su coordinación y realización, surge la duda de quién es el verdadero coordinador de la obra. Volvamos a pensar en el ejemplo del auditor que proyecta y coordina un programa de contabilidad, realizando una actividad directiva y no creativa. Caben tres soluciones:

En primer lugar, se podrían considerar aplicables analógicamente los principios del régimen relativo al autor asalariado. De acuerdo con éstos, los derechos sobre la obra colectiva corresponderían al empleado que bajo su propia iniciativa desarrolló la obra. Puesto que por su trabajo no está obligado a la proyección y dirección de obras intelectuales, se puede deducir que la obra no ha sido coordinada en el marco de la relación laboral; por eso, es de suponer que, en dichos casos, el contrato de trabajo no prevea nada al respecto. De manera que, todo lo más, entraría en juego el art. 51. 2. según el cual, "se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario...". Esto es, en el ejemplo planteado, el empresario adquiriría únicamente el derecho de uso de dicho programa, pero no la explotación de creaciones que escapa del ejercicio habitual de su industria, correspondiendo los derechos de explotación al empleado coordinador que podría editarla y divulgarla como tuviera por conveniente⁶³. Pero ya hemos visto cómo coordinar y dirigir no es equiparable a crear y por tanto la aplicación analógica

⁶² En relación al autor asalariado en el Derecho francés, PLAISANT señala como el autor es la persona natural que crea la obra y la única excepción es la obra colectiva (*op. cit.* pág. 275). Si la excepción es válida con respecto a los propios autores, menos objeciones se suscitan en relación al coordinador.

⁶³ Más adelante veremos si la edición y divulgación son condiciones para la existencia de la obra colectiva o si basta con la mera creación de la misma.

del régimen del autor asalariado, por la cual el coordinador se beneficiaría de la condición de autor, es incierta.

En segundo lugar, existe la posibilidad de que el empleado actuara en representación del empresario y, por tanto, adquiriera éste los derechos exclusivos de utilización de la obra. Pero esta solución también presenta objeciones. Si bien, el propósito del empleado era el desempeñar de la manera más ventajosa posible su trabajo dentro de su esfera de libertad, el resultado creativo, al exceder de su cometido -de su "poder"-, no se puede considerar hecho en nombre e interés del empleador. La actividad de coordinación desarrollada, no sólo no era exigible como objeto del contrato de trabajo, sino que tampoco era previsible. Pero pensamos que este tema puede estar relacionado con el caso del mandato extralimitado que contemplan los artículos 1.714. y 1.715 del C.c., según los cuales cuando hay un *utiliter factum*, no se consideran traspasados los límites del mandato.

Una última posibilidad es considerar que dicha obra es el resultado unitario de la colaboración de los autores y del coordinador y que, por tanto, conforme al art. 7.º los derechos sobre la misma corresponden a todos ellos. La existencia de una relación laboral entre los autores y el coordinador no supone un obstáculo a la calificación de la obra como obra en colaboración.

Pues bien, creemos que no puede darse una solución apriorística. Cuando se trate de empleados altamente cualificados que toman la iniciativa de coordinar una obra colectiva utilizando personal y medios de la empresa habrá que juzgar sus obligaciones para con la empresa en un sentido más amplio que si se tratara de trabajadores con menos nivel de responsabilidad y sin cierto margen de capacidad de iniciativa. En este caso podríamos considerar que el empleado que tuvo la iniciativa no se había extralimitado de sus funciones. Contrariamente, si un empleado, con poco margen de libertad, por su cuenta y riesgo toma la iniciativa, y dirige y coordina la actividad de sus compañeros, posiblemente estaríamos ante una obra en colaboración, pues

al no poder quedar dicha iniciativa subsumida ni por la actividad del trabajador ni por su libre campo de actuación, quedaría fuera del marco de la obra creada por autor asalariado y sería difícilmente encuadrable dentro del ámbito de la obra colectiva.

Otra de las cuestiones que se han relacionado con la división fáctica entre la iniciativa y la coordinación es el tema de a quién corresponde la responsabilidad civil y penal derivada de las posibles infracciones en que puedan incurrir los autores frente a terceros por las aportaciones ilegales contenidas en la publicación de una obra colectiva⁶⁴; esto es, por las lesiones al honor, fama y reputación e intimidad personal.

Estas situaciones serán mucho más frecuentes en los casos de obras colectivas de tipo periodístico que en las de tipo enciclopédico, pero tampoco se puede descartar dicha posibilidad en estas últimas.

⁶⁴ Sorprende la respuesta que nos propone VEGA VEGA. En sede de obras colectivas dice que "corresponde a todos por igual, habida cuenta de que la participación es tan íntima que hace se presume que cada coautor ha prestado su consentimiento a la totalidad y a cada una de las partes que conforman la estructura de la obra". En cambio, al referirse a la responsabilidad derivada de las infracciones contenidas en la obra en colaboración, manifiesta que: "correspondería de modo exclusivo a los autores que con su conducta hubieran quebrantado la legalidad. En este tipo de obras la participación de cada autor es más fácilmente identificable -piénsese en las modernas técnicas de hacer cine, donde una persona puede escribir el guión, otra realizar la fotografía, otra la dirección, etc.-, y, de este modo, cada coautor puede ser responsable a título individual de su participación en la obra, si se demostrase que los otros partícipes no han tenido nada que ver en tal infracción, a excepción del coordinador o director general" (*op. cit.* págs. 81 y 82).

En nuestra opinión, la postura correcta es la contraria. Es en la obra en colaboración donde al cooperar conjuntamente todos los coautores, la participación puede ser, en algunos casos, indibisible de manera que no siempre sea identificable la responsabilidad de cada uno, siendo más acorde la responsabilidad solidaria; frente a las obras colectivas donde las relaciones, en principio, no son *inter-auctores* sino entre cada uno de los autores y el coordinador y, por tanto, lógicamente, cada autor no debe responder de los ilícitos ajenos. Piénsese *ad absurdum* en el autor del crucigrama de una obra periódica respondiendo por las injurias vertidas en un artículo de opinión. Además, el ejemplo que este autor aduce, el de las obras cinematográficas, induce a error, ya que, gran parte de la doctrina, considera que este tipo de obras constituye un modelo de obra colectiva, a pesar de la calificación legal. Pero el hecho de que el contenido de ambos epígrafes aparezca, en cierto modo cruzado, y que sea con referencia a la obra colectiva cuando habla de "coautores", término más frecuentemente utilizado en relación a las obras en colaboración y sin embargo mencione al "coordinador o director general" al aludir a las obras en colaboración, cuando esta figura donde aparece es en las obras colectivas, hace pensar que quizá este autor haya sido víctima de un error de imprenta.

Presupuesta la responsabilidad por culpa del creador de la aportación por la propia autoría de la misma, falta por determinar la responsabilidad por su publicación dentro de la obra colectiva en sí. ¿Corresponde al director-coordinador de la obra, o al editor-propietario a quién aquél representa y que, además, se beneficia de la explotación de la misma? Pues bien, como consecuencia del artículo 1.903-4º. C.c., obligación de reparar que deriva de los actos y omisiones de aquellas personas de quienes se debe responder, corresponde *igualmente a los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*. Esto es, es responsable por hecho no propio tanto el editor (*dueño*, ya sea persona natural o jurídica), como el coordinador (*director*)⁶⁵.

Ahora bien, además, el director-coordinador será responsable por hecho propio, consecuencia de su obligación de rectificar⁶⁶. Como consecuencia de lo anterior, civilmente, serán responsables solidarios tanto el autor, como el director y el editor, pues cada uno es responsable frente al agraviado por la totalidad de la indemnización⁶⁷.

⁶⁵ Nos parece que del referido precepto del Código resulta clara la responsabilidad directa del editor; si bien, éste de acuerdo con el art. 1.904 puede repetir contra sus dependientes (tanto del autor como del director) los pagos que hubiere satisfecho por daños causados por éstos.

En base a este mismo artículo, algunos autores parecen encontrar solamente la responsabilidad del director (RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pág. 155 y ss.).

⁶⁶ Con respecto a las obras de tipo periodístico es consecuencia clara del *derecho de veto* (art. 37 de la Ley 14/1966 antes citada), pero, también, creemos que debe entenderse para las demás obras colectivas, puesto que el deber de control deriva de la propia actividad de coordinación. Para RODRIGUEZ TAPIA, hay que tener también en cuenta los artículos 2.º y 4.º de la Ley reguladora del derecho de rectificación (LO 2/1984, de 26 de marzo) que apuntan de manera directa al director o responsable de la publicación. Además estima que esta solución parece concordante con los preceptos de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta antes citada (*ibidem*).

⁶⁷ En este sentido se ha pronunciado el TS 1.ª S 22 Abr. 1992, estimando que el art. 1903 C.c. permite que se demande y condene electiva o cumulativamente tanto al director del medio de comunicación, donde se publica la noticia o reportaje, como a la empresa propietaria del periódico, pues uno y otra son responsables por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en relación con el directo e inmediato causante del daño, que procede con culpa *in operando* de las consecuencias del acto ilícito que origina la indemnización, sin que sea posible que uno eluda por otro la pertinente responsabilidad.

Otra de las cuestiones que se plantean con respecto a la responsabilidad dentro de las obras colectivas es la referente a quién responde frente a los autores de las aportaciones por infracción de los derechos morales o por incumplimiento de los términos del contrato. Se ha apuntado que frente a los autores debería responder aquél con quien hayan contratado, normalmente la empresa editorial, que a su vez podría repetir contra el autor material de la infracción, esto es, el director jefe⁶⁸.

En cuanto a la responsabilidad penal consecuencia de que alguna de las aportaciones constituya delito: injurias o calumnias, apología del terrorismo, plagio, etc., en principio, coincide con la derivada del hecho propio, con independencia, claro está, de las responsabilidades civiles. Por ello, el director-coordinador será responsable por hecho propio de todos aquellos delitos que mediante su labor de control debía haber evitado (calumnias, injurias, apología del terrorismo, p. e.); pero estará eximido de aquellos otros que, aún empleando la mayor diligencia, no se habrían podido prever (usurpación de la condición de autor de alguna de las aportaciones) al tiempo de su inserción en la obra colectiva.

Como principio básico del Derecho penal, solamente la persona natural puede ser sujeto activo del delito⁶⁹. En ello está de acuerdo prácticamente la totalidad de la doctrina⁷⁰ y de la jurisprudencia españolas⁷¹. Como

⁶⁸ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 8.º cit., pág. 155 y ss.

⁶⁹ Se ha dicho que de la misma forma que una persona jurídica, como ente abstracto, ficticio, no puede, por sí sola, cometer un crimen o tener un hijo, no puede concebir y generar una obra intelectual (CHAVES, A.: "El tema de las obras realizadas por encargo y la figura del autor asalariado en el Derecho de los países latinoamericanos", en "I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo I, pág. 433). Curiosamente, en las obras colectivas, la persona jurídica se beneficia de la protección que la Ley concede al autor, sin correr el riesgo de ser penalmente responsable.

⁷⁰ Vid. VEGA VEGA, *op. cit.*, pág. 186 y la bibliografía allí citada.

⁷¹ Véase por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1914.

consecuencia, el editor persona jurídica no podrá, en ningún caso, ser responsable penalmente, puesto que detrás de una persona jurídica siempre hay una o varias personas físicas que serán las autoras del delito y, como tales, las criminalmente responsables. En cuanto al editor persona natural, solamente será responsable cuando haya participado en la comisión del delito, ya sea por *acción* u *omisión* y en los mismos términos que si no se tratara de una obra colectiva.

2.2.- Su edición y publicación/divulgación.

Parte de la doctrina francesa, ha mantenido que, a diferencia de las demás obras intelectuales -en las cuales basta la creación de la misma para su existencia-, en las obras colectivas es necesaria la difusión de la misma como condición de su existencia⁷²; esto es, no hay obra colectiva hasta que no está editada y publicada⁷³.

Resulta muy interesante el punto de vista que adopta RODRIGUEZ TAPIA al trasladar este problema a la legislación española. Este autor parte de que con la nueva Ley, la propiedad intelectual nace por el solo hecho de la creación, señalando la quiebra que supone con respecto al sistema anterior, en que era imprescindible el registro para solicitar la protección. En la actualidad, para que nazcan los derechos correspondientes tras la creación de la obra, no sólo no es necesario el registro sino tampoco la publicación. En base a ello, le parece difícil afirmar que no quepan obras colectivas inéditas. No obstante, añade que lo que resulta necesario para la protección de la obra colectiva es un cierto grado de acabado que la permita vislumbrarse como

⁷² CEDRAS, *op. cit.*, págs. 15- 17

⁷³ O bien, como se ha dicho describiendo esta doctrina, no cabe obra colectiva inédita, sino aportaciones pendientes de su inserción y publicación en una obra colectiva (RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* pág. 150 y ss).

obra global unitaria⁷⁴.

Según el artículo 8.º, la obra colectiva es la constituida por la *reunión* de aportaciones *fundidas* en una creación única y autónoma. De ahí que no se considere una verdadera obra colectiva hasta que no presenta cierta consistencia⁷⁵. Pero, entonces, ¿cómo habrá de ser considerada esta obra durante su proceso de elaboración?, ¿en qué momento se convertirá la obra en colectiva cobrando independencia de las aportaciones que la forman?, y en cuanto a las aportaciones, ¿son hasta ése momento obras inconclusas disfrutando de todos los atributos morales de las obras independientes o están, en cierto modo, adscritas a la futura obra colectiva de la que formarán

⁷⁴ *Op. y loc. cit.* últimamente. Recuerda allí, como en los artículos 92 y 93 LPI, de las obras audiovisuales, -a las que considera, con un buen criterio seguido por gran parte de la doctrina española y extranjera, ejemplo paradigmático de las obras colectivas-, hay que aguardar a la versión definitiva para admitir que la obra esté terminada. Se trata de unas normas prácticas que tienden a evitar litigios interminables sobre las versiones provisionales que conducirían a la imposibilidad de alcanzar la versión definitiva. Pero, en cambio, el legislador no exige que la obra audiovisual esté divulgada para reconocer los derechos morales de los autores. Además, razonando *ad absurdum*, objeto como el sentido protector de la norma se vería pervertido si se permitiese al infractor explotar una obra colectiva no publicada, porque se trata de *res nullius* o cosa inapropiable.

⁷⁵ En cierto modo podríamos decir que mientras el modo originario de adquirir las obras intelectuales es por *creación*, (y quizá, en las obras en colaboración podemos hablar, a veces de *mezcla* o de *creación mezclada*), las obras colectivas se adquirirían, en cambio, por *unión*. "Hay unión cuando una cosa mueble se une a otra de distinto dueño formando con ella un todo prácticamente inseparable sin menoscabo de sus componentes. En tal caso la situación creada se rige, en primer término, por lo que los interesados tuviesen acordado (C.c., art. 1.255). A falta de acuerdo, la regla es que si no hubo mala fe, el dueño de la más importante hace suya la otra, indemnizando a su propietario (C.c., art. 375)" (ALBALADEJO, "*Derecho civil*", tomo III, vol. 1.º, pág. 317).

Se considerarán cosas accesorias las aportaciones individuales de los autores que son contingentes y prescindibles. En palabras de CEDRAS, "si resulta imposible atribuir un derecho «distinto», es decir, indiviso, a los contribuidores, es por que sus respectivos derechos no pueden competir con el conjunto, dado que cada una de sus contribuciones personales son fragmentarias" (*op. cit.* pág. 21). Por cosa principal tomaríamos el conjunto de la obra realizada. La imprescindibilidad de la aportación intangible del editor ha sido puesta de manifiesto por RODRIGUEZ TAPIA que argumenta a *sensu contrario* cómo, si prescindieramos de la aportación del coordinador, no habría elemento original en la obra colectiva, estando más cerca de las obras yuxtapuestas independientes (*op. ult. cit.* pág. 147).

El régimen de la accesión por unión parece que se adapta como un guante al caso de las obras colectivas. En primer lugar, y al igual que lo dispuesto por el art. 8.º 2 LPI, se rige por lo que las partes hubieran acordado. En segundo, si no hubo mala fe por parte del editor que publica la aportación que el autor había retirado, aquél solamente estará obligado a indemnizar, pero no parece probable que le sea exigible la separación de la referida aportación del conjunto de la obra, salvo el caso de ejercicio del derecho de arrepentimiento.

parte?

Al igual que ocurre con la publicación que no es requerida por la LPI para otorgar su protección, la Ley extiende también sus beneficios a las obras inconclusas (bocetos, etc.). No encontramos que haya motivo para justificar una excepción que excluya las obras colectivas inacabadas de la regla general de protección. Pero será más dudoso cuando la obra se encuentre en la primera fase de ejecución⁷⁶.

⁷⁶ En cierta medida, podríamos decir que no sólo hay obra colectiva cuando está próxima su terminación sino prácticamente habrá derechos sobre la obra colectiva aún inacabada, desde que la iniciativa pasa a convertirse en ejecución, desde que se comienzan las tareas de realización de la misma. El *iter* de la obra colectiva es lento y costoso, genera muchas relaciones jurídicas entre el promotor-editor y los autores. El mismo plan de la obra representa también un valor patrimonial. Por eso, aún antes de que se haya efectuado el ensamblaje de las diferentes aportaciones parece que existe ya un bien digno de protección. La titularidad sobre ese bien parece que evidentemente -salvo pacto en contrario- recae sobre el editor-promotor, no sólo en base al art. 8.º párrafo 2.º sino también por ser éste quien contrae la obligación de remunerar a los autores y de llevar a término la obra según el plan pactado.

Nos parece que no se trata de una cuestión baladí, sino que cobrará gran trascendencia a la hora de determinar si la obra colectiva inconclusa es transmisible y a quién le corresponde su titularidad. La transmisibilidad no está referida a la obra futura, sino a la posibilidad de transmisión del conjunto de relaciones jurídicas, (las aportaciones en curso y el proyecto) encaminadas a materializarse en una obra colectiva para que ésta sea terminada por otro editor. Este tema entronca con el carácter *intuitus personae* de los contratos de cesión y con la aplicabilidad del art. 49 LPI a las obras colectivas proceso de ejecución. En contra de la transmisibilidad tenemos que no se trata de verdaderos derechos de explotación y puesto que aún no hay una verdadera obra lista para explotar quedan confundidos con los derechos morales de los autores. A favor de la misma (en base a la arraigada opinión de considerar a las obras audiovisuales -a pesar de su calificación legal- como modelo de obra colectiva), tenemos el hecho de que los arts. 4.º y 9.º del Real Decreto 3837/1970, de 31 de diciembre por el que se regula la hipoteca mobiliaria de películas cinematográficas permite la constitución de hipotecas sobre películas en vías de realización, e incluso sobre películas aún no comenzadas siempre que se haya obtenido el permiso de rodaje. Las mismas razones de facilitar al productor la posibilidad de obtener créditos se dan en el caso del editor de obras colectivas, si bien es obvio que el referido R.D. no es aplicable analógicamente a las obras colectivas en general.

Queda sobreentendido que, en estos casos, el adquirente se subroga en todas las obligaciones contraídas por el cesionario de tal manera que, salvo que constara en todos o algunos de los contratos particulares con los autores la prohibición expresa de transmisión (pues aunque la LPI no contempla el supuesto de prohibición expresa de transmitir, su validez es incuestionable, DELGADO PORRAS, "Panorámica..." *cit.*, pág. 72), se trata de derechos cedibles. En ocasiones será la única forma de poder llevar a término la realización de la obra; así, cuando a la empresa editorial le sobreviene una situación de insolvencia. A su vez, el art. 49, III supone una medida tendente a asegurar la continuidad de la empresa editorial.

Desde una perspectiva totalmente distinta, podríamos también cimentar la existencia de la obra colectiva desde el comienzo de su realización, -o mejor dicho, de la existencia de derechos sobre el proyecto y las aportaciones en curso-, en base a que la imitación del proyecto podría ser tomada como un acto de competencia desleal, y algunos aspectos

En principio, los derechos sobre la obra colectiva inacabada pertenecerán al promotor-editor⁷⁷, el cuál ejercerá su control no sólo sobre cómo ha de ser llevada a término la obra, sino también sobre los aspectos económicos durante la realización de la misma⁷⁸ con independencia de que los autores de las aportaciones conserven algunos de los derechos

podrían ser perseguidos, incluso como plagio, por ejemplo, el título de la obra si es original (art. 10. 2 LPI). Pero también puede haber plagio "cuando lo apropiado es la idea, concepción o espíritu, en el cual a menudo yace el verdadero encanto o valor de la obra -así lo explica CARRARA en el Repertorio Dalloz-. Como sabemos, en las obras literarias existe siempre un grado de composición, un plan, un particular arreglo de las escenas y exposición de ideas, un todo ensamblado, en una palabra, algo que constituye el alma de la producción (*Prop. litt.*, citado por CHAVES, Antônio: "*Plagiarism*", Copyright, december 1981, pág. 325).

De todo lo anterior, parece deducirse que, con independencia de cuándo nace la obra colectiva como tal, una vez verificada la reunión de las aportaciones, -y aunque queden retoques pendientes-, el promotor-editor es el titular de las relaciones y bienes que la gestación de la obra engendra.

⁷⁷ Aunque dado el peculiar estatuto de las obras cinematográficas, -que por naturaleza son obras colectivas pero legalmente han sido concebidas como obras en colaboración ("en los términos previstos en el artículo 7.º" dispone el art. 87)-, preferimos abstenernos de generalizar su régimen jurídico al el resto de las obras colectivas, un ejemplo del poder del promotor sobre la obra colectiva inacabada lo tenemos en el artículo 91. Dicho artículo faculta al productor en determinados casos, incluso, a utilizar la aportación incompleta. Este supuesto constituye una verdadera excepción, puesto que la aportación aún no ha salido de la esfera personal del autor de tal manera que supone un expolio a su derecho moral de inédito, solamente justificable por la necesidad de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y el del productor. PEREZ DE CASTRO, comentando las diferencias entre el editor (a secas, no el editor de una obra colectiva) y el productor de cine, hace una perfecta descripción que es aplicable a las relaciones entre el promotor de la obra colectiva y su obra. Explica como mientras la obra cinematográfica se realiza en el ámbito de la empresa, en el contrato de edición el editor no desarrolla actividad alguna hasta que la obra tiene existencia. Son diversas las posiciones del editor y del productor. El primero es titular de un derecho de crédito al cumplimiento de la obra exclusivamente en curso de elaboración, en tanto que el segundo adquiere progresivamente la directa disponibilidad del material cinematográfico ("*Comentarios a los artículos 91 a 93*", en "*Comentarios a la LPI*" cit. págs. 1.291 y ss.). También la obra colectiva se realiza en el seno de la empresa, pero el promotor-editor, a diferencia del mero editor, es un empresario que, por regla general, no se limita a financiar la obra sino que interviene de forma activa en la creación de la misma.

⁷⁸ El empresario podrá, incluso, utilizar la obra-aportación o disponer de ella en el sentido o fin que se derive de lo establecido en el contrato de trabajo o, en su defecto, con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada (art. 51.3. LPI a contrario sensu) o dentro del ámbito establecido por el contrato de arrendamiento de obra o de servicios. Dada la contingencia y prescindibilidad de las aportaciones de la obra colectiva, la remuneración podrá realizarse a tanto alzado. Pues, tratándose, además, de aportaciones de obras colectivas entra en juego el art. 46.2.d) LPI, según el cual, cuando la obra, utilizada con otras, no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integra, podrá estipularse una remuneración a tanto alzado, con los límites, claro está, del art. 47.

económicos sobre sus propias contribuciones.

En cuanto al *status* de las aportaciones que no han salido todavía de la esfera personal del autor, mantienen todos los derechos morales como si se tratara de una obra individual. Las razones son las mismas que veíamos para las obras en colaboración.

Un aspecto que merece ser mencionado al analizar la edición de la obra colectiva es el referente a la necesidad o no de profesionalización del editor. Dada la dicción literal del art. 8.º parece que debemos resolver negativamente, puesto que hace referencia a la persona que edita, y no al editor⁷⁹. En este mismo sentido, la doctrina italiana, recordando su Ley de Imprenta de 1948, -que exige la mención del impresor y, *si existe, del editor* de la revista o diario-, estiman que no es necesario que haya siempre un editor⁸⁰, pudiendo el director-promotor recurrir a los servicios de un mero impresor para la reproducción de la obra.

Parece que debemos entender el término "edita" en un sentido amplio⁸¹, aplicable a todas aquellas personas que asumen la empresa y la

⁷⁹ Este hecho nos permite escapar de la aplicación estricta del art. 6.º de la Ley del Libro que definía a los editores como "las personas naturales o jurídicas que, por cuenta propia, eligen las obras a que hace referencia el artículo anterior y realizan o encargan los procesos industriales para su transformación en libros, en orden a su difusión". Por esta razón no consideramos necesaria la nota de "habitualidad" en la actividad de editar.

⁸⁰ MARIOTTI observa como una obra periódica puede perfectamente ser concebida, organizada y dirigida por una misma persona, que recurrirá sucesivamente a un impresor cualquiera para la reproducción de varios números (y después a una agencia para su distribución), sin que por este trabajo mecánico de multiplicación de la cosa material de la obra se revista del hábito purpúreo del editor (*op. ult. cit.*, pág. 31). En la legislación italiana, el editor es, únicamente, quién imprime y difunde por cuenta propia una obra del ingenio. Un concepto, por tanto, muy próximo al español.

⁸¹ Precisamente, en atención a la generalidad que muestra el precepto, algún autor ha achacado al legislador del 87 que ha cometido una "torpeza" en la llamada obra colectiva con el artículo 8.º derogando el artículo 5.º de la Ley del Libro, ya que en dicho artículo se venía a decir lo mismo pero mejor, pues lo que en la Ley del Libro se circunscribía a casos especiales de realización de obras destinadas a ser difundidas *en forma de libro*, hoy se generaliza en aspectos insospechados, CHICO ORTIZ, J. M.: "Estudio comparativo entre dos

iniciativa de ensamblar unas aportaciones individuales en una obra global conjunta⁸².

En apoyo de lo anterior, pudiera ayudar el hecho de que los artículos relativos a las obras derivadas⁸³ (arts. 9.º, 11 y 12 LPI) no exigen, para considerar objeto de propiedad intelectual a las colecciones de obras ajenas o de otros elementos o datos, ni la edición de las mismas ni la intervención de un editor profesional.

En cuanto a la aparente contradicción entre quien *edita y publica* del art. 8.º *ab initio*, y la persona que *edite y divulge* del final del mismo artículo, queda obviada si atendemos al doble significado del término publicación, que puede ser entendido en un sentido lato o genérico como sinónimo de divulgación⁸⁴. En este caso, el requisito de publicación del art. 8.º no exigiría,

legislaciones de propiedad intelectual", en "Homenaje a Juan Berchans Vallet de Goytisolo", Vol. III, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 275 y 276. Por nuestra parte, consideramos que la calificación de la obra colectiva no debe circunscribirse únicamente a las obras en forma de libro.

⁸² En este sentido, RODRIGUEZ TAPIA, quién añade que la Ley no define lo que es la edición sino el objeto del contrato (el derecho de reproducir una obra y distribuirla), pero que puesto que hay supuestos de edición que no son los regulados por dichas normas (arts. 58 a 73), la definición del artículo 58 no debe considerarse exhaustiva. Dado que el artículo 62 advierte "cuando se trate de edición en forma de libro" y que el 59.3 excluye las publicaciones periódicas, debe haber otra forma de edición. Por tanto, considera factible con la finalidad del artículo 8.º la aplicación analógica de editar (*op. cit.* pág. 159).

⁸³ No en vano, se ha puesto de relieve que la obra colectiva es una obra derivada o compuesta (art. 9.º), en la que hay que contar con el consentimiento de los autores que contribuyen con sus aportaciones (obras), para llevar a cabo la transformación que consiste en unirlas con otras obras u aportaciones (BERCOVITZ, "Comentario al artículo 12" *cit.*, pág. 261). En este sentido, se podría decir que las obras derivadas son el género y las obras colectivas, una de sus clases. Ahora bien, la diferencia reside en que mientras que las obras compuestas exigen la incorporación de una *obra preexistente*, las aportaciones a la obra colectiva *han de ser concebidas* para su incorporación en la referida obra.

⁸⁴ ALVAREZ ROMERO ("Significado de la publicación en el Derecho de propiedad intelectual", Ed. Ilustre Colegio de Registradores de la propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, págs. 23 y ss.) se hace eco de esta frecuente confusión. En sentido genérico, -señala- la publicación supone comunicación pública o comunicación de la obra al público, cualquiera que sea el procedimiento que, a tal efecto, se utilice. Mediante ella, la obra del ingenio se extrae de la esfera íntima e incluso del círculo privado del autor para integrarse en el patrimonio cultural de la comunidad.

por tanto, que la divulgación "se realice mediante la puesta a disposición de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma" como es definida la publicación por el art. 4.º. Pero además el acceso por primera vez al público podría ser realizado "en cualquier forma", como señala este mismo artículo a propósito de la divulgación.

Lo anterior se traduce en dos consecuencias directas: 1.ª) no sería necesario que la obra colectiva fuera "ejemplarizable" -incluyendo, por tanto, todos los actos de comunicación pública- y mucho menos aún que el número de ejemplares satisficiera las necesidades del público; 2.ª) puesto que toda creación intelectual, de una u otra forma, puede salir a la luz pública, cabrían también todo género de obras colectivas⁸⁵, incluyendo las obras plásticas cuya única forma de divulgación es la exposición pública o la enajenación⁸⁶.

Nos queda aún por resolver otra dificultad que entraña la dicción literal del art. 8.º. Dicho artículo menciona no sólo a la persona que *publica / divulga*, sino que también alude a quién *edita* la obra colectiva. Ya hemos hecho referencia a la innecesidad de profesionalización del editor, esto es, tomando la creación de la obra desde su aspecto subjetivo. Ahora nos corresponde atender a su objeto, a su "editabilidad". Se trata de un problema, fácilmente confundible con el anterior y consecuencia también del tenor literal del artículo 8.º. Puesto que dicho artículo se refiere a "la persona que *edita y publica / divulga*" surge la duda de si solamente pueden obtener la calificación de obras colectivas aquéllas que puedan ser editadas en

⁸⁵ Excepto, como ya hemos señalado, las obras audiovisuales las cuales son *ex lege* obras en colaboración (art. 87), sin importar cómo hayan sido creadas. La adopción de esta postura por el legislador, creemos, obedece más a una concesión a los grupos de presión de las compañías cinematográficas que a razones jurídicas.

⁸⁶ RIVERO HERNANDEZ incluye entre las formas habituales, y más frecuentes, de divulgación la exposición pública y aun la venta de obras de arte, pero indica, en cambio, cómo este tipo de obras apenas permite otro medio de divulgación ("*Comentario al artículo 4.º*", en "*Comentarios a la LPI*" cit., págs. 80-81).

ejemplares por medio de la imprenta o de cualquier otro medio reproductor o si basta con la divulgación tal y como veíamos antes.

Una dificultad añadida radica en que el legislador ha empleado la conjunción copulativa "y", en vez de la disyuntiva "o" -utilizada por el legislador francés- y que permitiría solventar el problema al no exigir de forma acumulativa editar, publicar y divulgar, bastando una sola de ellas. Pero, ¿en qué consiste realmente la edición de la obra?

Entendido que nada tiene en común el concepto de edición con el contrato de edición, nos encontramos con que no existe una definición legal. La doctrina, generalmente, la identifica con la publicación⁸⁷, o con alguna de sus formas⁸⁸. Pero, al igual que señalamos para la publicación, en cierta medida y con todas las cautelas posibles, podríamos decir que "editar" también significa "divulgar"⁸⁹. De admitir lo anterior, el legislador, en realidad, tanto al hablar de quien *edita* como de quien *publica* o *divulga* se habría

⁸⁷ ALVAREZ ROMERO, en el sentido restringido que da a la publicación, identifica ésta con la edición (*op. ult. cit.*, pág. 32 a 34).

⁸⁸ La edición -señala MISERACHS I SALA- es una forma de publicación y difusión de la obra previamente creada, consistente en un proceso de fabricación en industria gráfica en ejemplares múltiples por medios mecánicos y su puesta en circulación o venta al público, actividad que puede hacer u ordenar el propio autor o bien autorizar a hacer a terceros: los editores ("*La propiedad Intelectual*" *cit.*, pág. 93).

⁸⁹ El propio ALVAREZ ROMERO, observa como en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* las voces *edición*, *editar* y *editor*, cobran, por razón de su etimología -del latín *edere*, sacar a luz- el valor apuntado, pasando a segundo plano el medio empleado para la reproducción de los ejemplares (*op. ult. cit.*, pág. 32 a 34). A los efectos de solucionar la problemática planteada por el art. 8.º, equiparar la *edición* con la *publicación en sentido estricto*, a la cual se hacía antes referencia, no favorece nuestro propósito de admitir también como obras colectivas aquéllas de las cuales no se pueden obtener ejemplares. En cambio, sí ayuda la significación etimológica, proveniente "del lat. *editum*, supino de *edere*, sacar a la luz", significado atribuido también a la divulgación.

Siguiendo con razones de tipo semántico podríamos añadir que *obra editada* se contrapone a *obra inédita*, concepto de todos conocido por su paralelismo con el derecho al inédito (art. 14.1.), pero que, además, nos lo proporciona el art. 6.º del Reglamento de 1880: "Se considera editor de obras inéditas a todo el que publique *las que estén manuscritas y no hayan visto la luz pública...*". Una vez más, volvemos a la idea de divulgación. Según esta argumentación, en el art. 8.º los términos "editar", "publicar" y "divulgar" son sinónimos. Pero lo artificioso del razonamiento propuesto nos hace dudar de su oportunidad.

estado refiriendo siempre a una misma cosa: la divulgación.

En términos generales, la doctrina mantiene que la noción de obra colectiva se concibe mal con una aplicación extensiva del objeto, sin poder casi traspasar el ámbito de las obras literarias que las han inspirado. Si el espíritu encaja mal en el marco de las obras musicales, sólo excepcionalmente pueden ser aceptadas respecto a las obras de arte plástico⁹⁰.

Analicemos pormenorizadamente algunos de estos supuestos de creaciones intelectuales que no pueden ser multiplicadas en un número de ejemplares (al menos en sentido propio) y veámos si se adecúan al "resto" de la noción de obra colectiva.

2.2.1.- Editabilidad de las obras de artes plásticas.

La exigencia de que la obra colectiva consista en una obra editable y "ejemplarizable", excluye la posibilidad de que existan obras colectivas cuando dicha obra se materialice en un *opus unicum*. En concreto, nos estaríamos refiriendo principalmente a las obras pictóricas y escultóricas⁹¹, cuya

⁹⁰ En este sentido, COLOMBET, "*Propriété ...*", cit. pág. 90, dónde señala como, sin embargo, la Corte de París ha aplicado la calificación de obra colectiva a una exposición (Paris, 8 juin 1983.I.R.511, obs. del propio COLOMBET).

⁹¹ Pensemos en alguien que tuviera la iniciativa de crear un *Nacimiento de Belén*, en el cuál, cada una de las figuras del Misterio, los pastores, Reyes... fueran encargados a un escultor diferente, confiando a varios pintores los óleos que cubran el horizonte y el suelo, encargándose luego el promotor-director de la ordenación final. El ejemplo concebido tiene la ventaja de servir también como muestra de la posibilidad de coordinación de diferentes géneros, incluso aquéllos que responden a distintas dimensiones. Sobre este particular, RODRIGUEZ TAPIA parece partidario de la heterogeneidad de géneros -aunque la homogeneidad será lo más corriente; sin embargo, parece estar en contra de existencia de obras colectivas en las que convergen aportaciones de distintas dimensiones. Considera que la dimensión en la que es percibida la obra colectiva marca el carácter de homogeneidad mínimo que permite hacerlas inteligibles como una sola obra global (*op. ult. cit.*, pág. 145).

Pues bien, nos parece que el hecho de que la percepción del conjunto se verifique en una sola dimensión no es óbice para que las aportaciones no puedan corresponder a dimensiones diferentes. Ahí es dónde reside la labor de coordinación. Como consecuencia, lo que habrá que apreciar es que cumpla los requisitos para ser una obra colectiva y que no

explotación por medio de la reproducción parece bastante remota.

Una persona natural o jurídica puede tener la iniciativa de la creación de una obra de arte, coordinarla y financiarla, constituida por la reunión de las aportaciones de diferentes artistas cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, (p.e. un mural o un mosaico), para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. La obra así creada podría ser calificada de obra colectiva, pues dado que encajaría mal en los otros supuestos legales de obras complejas.

Sólo forzosamente se podría subsumir el caso planteado en el modelo de las *obras en colaboración*. No existe verdadera colaboración entre los autores de las aportaciones que pueden trabajar individualmente, relacionándose sólo con el promotor: la nueva obra no es el resultado unitario de la colaboración de los coautores; se trata de aportaciones contingentes. La adjudicación proindiviso de los derechos a los autores olvidaría al verdadero artífice de la obra, esto es, al promotor. Aun en el caso de que el promotor fuera calificado de coautor -aunque no hubiera tomado parte en la creación material de la obra, puesto que con sus directrices está afectando a los elementos formales de la misma⁹²-, su función no era de coautor sino de verdadero director. Una barrera infranqueable para la calificación de obra en

se trate de otro tipo de obras complejas o de obras independientes. En lo que nos hemos de fijar es en la percepción del conjunto y no en la de cada una de las aportaciones particulares. Las aportaciones han de ser de géneros que puedan ser fundidos de tal modo que sean percibidos de una forma unitaria, aunque las aportaciones respondan a distintas dimensiones y que hayan sido concebidos para tal obra colectiva con una vocación de futuro. Por ello, para que haya obra colectiva ha de tratarse de una *fusión de aportaciones*. En resumen, el problema dimensional está en la imposibilidad de "fundir" determinados tipos de géneros pero no en la dimensión en sí. Modelo de fusión de aportaciones de diferentes dimensiones lo tenemos en la obra cinematográfica, aunque se trata de un peligroso ejemplo dado que, como venimos sosteniendo, su calificación legal como obras en colaboración (art. 87 LPI) prescinde de cómo hayan sido efectivamente creadas.

⁹² DERIEUX, E.: "*Oeuvre de Commande liberté de création et droit moral d'auteur*", RIDA, núm. 141 (1989), págs. 221 y 231. Añade que por esta actividad, más allá de cierto umbral, se le transferiría la calidad de autor del ejecutante material en provecho del que da las órdenes.

colaboración es que el promotor sea una persona jurídica.

Tampoco se adecúa a las llamadas *obras independientes*, pues éstas consisten en creaciones autónomas cuya publicación conjunta es meramente circunstancial y sin que en ningún momento se fundan en una creación única y autónoma.

En cambio, una obra como la arriba descrita, podría ser perfectamente calificada de *obra compuesta*. Se trata, también de "una obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última". Esta subsumibilidad es debida al concurso de normas que, en algunos casos, se presenta entre las obras derivadas y las colectivas al que ya hemos hecho referencia⁹³. Gracias a la flexible ambigüedad que ofrecen los arts. 9.º, 11 y 12, al admitir cualquier tipo de autorización -tanto gratuita como onerosa-, cabe perfectamente que se pacte un régimen igual al establecido en el art. 8.º: la figura del promotor de la obra colectiva se convertirá en la de autor de la nueva obra derivada, adquiriendo, en principio, los derechos económicos sobre la misma (sobre "*la creación única y autónoma*", sobre "*el conjunto*" al que hace referencia el art. 8.º LPI). En cuanto a los derechos morales, se mantienen en una situación prácticamente idéntica: el director de la nueva obra resultante adquirirá los derechos sobre la obra nueva, pero habrá de respetar los que conservan los artistas sobre sus propias creaciones. Por medio del régimen previsto para las obras derivadas, podrían alcanzarse casi los mismos objetivos que si se tratara de una obra colectiva.

En el caso de las obras compuestas o derivadas, empero, al igual que nos ocurriera con las obras en colaboración, parece que las personas jurídicas no se podrán beneficiar de la protección que la Ley concede al autor, -salvo que, a la vez, sean obras colectivas-, de tal manera que el vacío legal quedaría reducido a los supuestos en que el promotor fuera una persona

⁹³ Vid. *supra*, BERCOVITZ, "Comentario al artículo 11" cit.

moral. Cuando una persona moral aparece como autora⁹⁴ de una obra derivada es, únicamente, como consecuencia de la dicotomía que existe entre las obras colectivas y las derivadas.

Cuando el promotor de la obra plástica *colectivo-derivada* sea una persona jurídica, en cierto modo podría solventarse la laguna aduciendo que se trata de una obra hecha por encargo o en el marco de un contrato de trabajo. Pero, en este caso, al promotor, como comitente de las aportaciones o empleador, le correspondería un derecho a título derivativo sobre la misma, a diferencia de lo que ocurre en las obras colectivas en las que el promotor adquiere los derechos sobre la obra colectiva *ab initio*⁹⁵.

La función, del promotor se reduciría a la de mero comitente o empleador, olvidando su actividad, en cierto modo, creativa de dirección y coordinación. Además esta solución deja abierta la cuestión de que el comitente-empleador, como mero propietario material de las obras (o aportaciones) de arte plástico que constituyen un ejemplar único, por su sola adquisición a título derivativo, no podrá alterar el arquetipo⁹⁶. Para que exista

⁹⁴ Hay un plano de intersección en el cual las obras colectivas son, a su vez, obras derivadas, (obras periódicas, antologías de obras que aún estén en período de protección...). Algunas obras derivadas, en cambio, no podrán ser colectivas, bien porque se trate de colecciones de elementos no protegidos por la Ley, obras que en realidad serán originales, bien porque la nueva obra sea producto del trabajo de un solo autor (traducción) ...

⁹⁵ Sobre la adquisición derivativa del comitente parece coincidir la práctica totalidad de la doctrina continental moderna. Cfr., por todos, la dura crítica que Lorenzo de SANCTIS hace de la sentencia de la pretura de Roma de 28 de julio de 1986, en "*Brevi osservazioni in tema di opera dell'ingegno creata su commissione*", IDA, 1987, págs. 146 y ss.; en cuanto a las aportaciones ejecutadas en el cumplimiento de un contrato de trabajo, al empleador no le pertenece el derecho de autor *ab initio*, sino sólo como derecho derivado (ROUSSEL, G.: "*The Copyright of Salaried and Employed Authors.- A Comparative Study of National Laws*", Copyright, july-august 1990, pág. 222) y por el hecho, ya señalado anteriormente, de que las aportaciones a la obra colectiva han de ser concebidas expresamente para su incorporación en la misma.

⁹⁶ Esta cuestión no se plantea respecto a las obras literarias o aquellas en que al poderse reproducir en un número ilimitado de ejemplares fungibles, la modificación o destrucción de alguno de ellos no supone un atentado contra la obra del ingenio, cfr. ASCARELLI, "*Teoría de la concurrencia...*", cit., pág. 678. La dificultad se descubre al intentar hacer extensiva la regulación de estos supuestos de hecho a aquellas obras que, como las

alteración, bastaría que la obra -o el opúsculo- sea incorporada a otra, aunque no fueran alterados sus elementos formales preexistentes⁹⁷.

Si se toman en cuenta los artículos 3 y 14. 4º LPI, parece evidente la total disociación entre la propiedad intelectual sobre la creación y la propiedad material sobre el soporte, de tal manera que el autor conservaría aquélla y el comitente ésta. En caso de conflicto, se habrá de resolver a favor de la primacía de las facultades morales. Pero tratándose de obras -o aportaciones- de encargo el tema entronca con la libertad creativa del artista⁹⁸ y con la función de control del empresario o comitente.

Igual que ocurre con las obras colectivas, la facultad de control y de incorporación del que encarga la obra, ha de relacionarse con las obligaciones contractuales contraídas por los autores, pudiendo ampararse el empresario, en caso contrario, en el art. 1.258 del C.c.

La consecuencia que sacamos de todo lo anterior es que la titularidad originaria de las personas jurídicas casa mal con la creación de obras de arte

de escultura o las de pintura, incorporan la propiedad inmaterial perteneciente al autor al "corpus mechanicum", en el que se inserta la primera, sin admitir su separación, PEREZ DE CASTRO, N.: *"El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra"*, AC, enero 1987, pág. 226.

⁹⁷ A *sensu contrario* podemos aducir que gran parte de la doctrina ha considerado atentado a la integridad de la obra el desmontar una obra para su almacenamiento. *Vid.* la bibliografía ya citada al comentar la sentencia de Pablo Serrano.

⁹⁸ En relación al respeto del derecho moral por el comitente se mantienen dos posturas: La primera considera que los derechos morales nacen antes que la obra, invocada para prohibir cláusulas que supongan restricciones excesivas a la independencia del autor, independencia que la jurisprudencia reconoce reiteradamente, PLAISANT, R.: *"Les conventions relatives au droit moral d'auteur"*, en *Hommage à Henri Desbois*, Ed. Dalloz, París, 1974, pág. 71; el peligro estriba en que tales convenios pueden menoscabar la calidad de la obra y, en consecuencia, la reputación del autor. A esta concepción se la ha achacado que los principios legales ceden ante su pragmatismo. La segunda postura sostiene que el derecho moral de autor coexiste con la creación de la obra (DERIEUX, *op. cit.*, págs. 221 y 231) de manera que no pueden quedar comprometidos por pactos antecedentes a la creación.

plástico⁹⁹. Quizá, esto sea debido a que se trata de creaciones intelectuales en sentido formal. En ellas el contenido cede toda su relevancia ante las formas. Por ello, las directrices que pueda dar el comitente sólo podrán colocarle en la posición de coautor si están referidas a dicha realidad formal¹⁰⁰, y no a aspectos meramente externos, como puedan ser, p.e., el tamaño del lienzo, el asunto, la elección del fondo... No obstante, para apreciar si estamos, al menos, ante la posibilidad de existencia de una obra colectiva plástica hemos de apreciar, sobre todo, si hubo iniciativa y coordinación del promotor y si las aportaciones son contingentes y prescindibles.

Existe un caso, frecuente en la práctica, de creaciones plásticas que, en la gran mayoría de los casos, se adecuan perfectamente a la calificación de obras colectivas, en las cuales, además, el promotor es una persona jurídica: los tapices¹⁰¹. Cuando los tapices son realizados, p.e., en el seno de la Real Fábrica de Tapices, es esta persona jurídica la que tiene la iniciativa, selecciona el motivo o la hazaña a representar, elige al cartonista y a los tejedores -que por regla general serán sus asalariados-, reparte el trabajo entre los mismos...; en fin, controla el proceso creativo corriendo, además, con la financiación de la obra. Pues bien, tradicionalmente la titularidad de este tipo de obras ha correspondido a la persona jurídica que tuvo la iniciativa y bajo cuya coordinación se realizó la creación. En la actualidad la descripción del supuesto de hecho coincide con la definición legal de obra colectiva, salvo por la necesidad de edición y publicación que queda en entredicho. En estas obras encontramos las mismas razones de oportunidad para atribuir la

⁹⁹ Para RODRIGUEZ TAPIA que la obra musical o plástica sea obra colectiva parece raro, pero no insólito. Lo que ocurrirá es que, normalmente, los artistas lucharán por ser coautores, entre otras razones, porque no se someterán fácilmente a los dictados estéticos de un director (*op. cit.* pág. 146).

¹⁰⁰ Así ocurrió en los ya comentados casos *Guino v. herederos de Renoir* y *Forani v. Dall.*

¹⁰¹ *Vid. supra* Capítulo II.

titularidad al promotor del tapiz que en las obras de tipo enciclopédico, paradigma de las obras colectivas.

La exigencia de edición tampoco parece compatible con aquellas obras cuya expresión es meramente corporal, como las coreográficas, pantomimas, marionetas.... En ellas el *corpus mechanicum* es etéreo, pues nuestra legislación no exige su fijación material¹⁰², si bien, a efectos prácticos, será necesaria cierta constancia de la misma¹⁰³. En este tipo de obras, la forma habitual de divulgación es por medio del contrato de representación. Aunque estén materializadas, rara vez su explotación consistirá en la reproducción y distribución del soporte material en que dicho lenguaje corporal se ha materializado. Son obras en las que, por la estrecha frontera que las separa de las meras ejecuciones, en ocasiones, coincidirán en una misma persona la figura del promotor de la obra colectiva con la del director de escena, titular de derechos vecinos a la propiedad intelectual¹⁰⁴.

¹⁰² Otras legislaciones, en cambio, exigen para otorgar protección la consignación descriptiva de las mismas, ya sea por medio del lenguaje, ya mediante símbolos convencionales aptos para dicho tipo de obras o, incluso, fijadas gráficamente por medio de dibujos, fotografías o películas. En este sentido, las Leyes italiana y francesa o la antigua Ley alemana que sólo admitía la descripción, de tal modo que eran protegidas igual que si se tratase de obras literarias (BAYLOS, "Tratado..." cit., pág. 547).

¹⁰³ Observa BERCOVITZ como, consecuentemente, nuestra Ley protege también la improvisación; aunque en la práctica, tanto por razones de prueba como para diferenciar la actividad creativa de la mera interpretación, será difícil proteger una obra coreográfica o una pantomima no fijada de alguna forma ("Comentario al artículo 10", en "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual", cit. pág. 225).

¹⁰⁴ Así, el art. 101 reconoce que "el director de escena y el director de orquesta tendrán los mismos derechos reconocidos a los artistas en este Título".

Pero no creemos, en cambio, que la noción de obra colectiva sea aplicable analógicamente a los derechos vecinos, lo que, por otra parte, no aporta ninguna ventaja ni llena vacío alguno. Se ha apuntado que "las ejecuciones susceptibles de derechos vecinos parecen obviamente capaces de ser colectivas. El director de escena o el de orquesta serán obviamente directores de ejecuciones (obras en el sentido legal de la palabra, dado que el art. 2.º RLPI, la obra artística se ejecuta) colectivas" RODRIGUEZ TAPIA, (op. cit., pág. 146). Esta concepción puede resultar muy peligrosa para los ejecutantes. Si extendemos el concepto de obra colectiva, tal y como lo regula el art. 8.º, a las referidas ejecuciones encontraríamos que, o bien los derechos vecinos de los ejecutantes que participan en una actuación conjunta corresponderían únicamente al director; o bien, cuando la iniciativa de la ejecución hubiera partido del empresario (persona física o jurídica), habiendo partido también de él la selección de los ejecutantes, los derechos conexos corresponderían a éste por ser

2.2.2.- Editabilidad de las obras informáticas.

Aunque estas obras no presentan problemas de "editabilidad", vamos a hacer una breve referencia a las mismas. Conforme a la Ley de Propiedad Intelectual, el autor de un "programa de ordenador" es la persona natural que lo ha creado (art. 5.º-1). El es, por tanto, el legitimado de manera originaria para llevar a cabo la cesión a otras personas de los derechos de explotación sobre la obra creada¹⁰⁵. En principio, no comporta, pues, ninguna particularidad con respecto a los demás tipos de creaciones intelectuales¹⁰⁶, pudiendo revestir las creaciones informáticas cualquiera las formas típicas de obras creadas por una pluralidad de autores.

En este sentido, el art. 2.º de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador establece quiénes son los titulares de los derechos: 1. "Se considerará autor del programa de ordenador a la persona física o grupo de personas que lo hayan creado o, cuando la legislación de los Estados miembros lo permita, a la persona jurídica que sea considerada titular del derecho por esa legislación. *Cuando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas,*

también la persona que la edita y divulga bajo su nombre. Nada más lejos de la propia razón de ser de estos derechos y de su configuración legal.

Según parece deducirse del art. 105 de la LPI los derechos exclusivos a autorizar reproducciones y comunicaciones públicas corresponden a todos ellos, si bien, para que el ejercicio de tal derecho no resulte caótico, la Ley arbitra la designación de entre ellos de un representante que se encargue del otorgamiento de las autorizaciones. Este artículo no alcanza a los directores de orquesta y de escena que por la relevancia de su actuación se requiere su autorización expresa, pero ilustra sobre el mantenimiento en común de los referidos derechos. En cuanto a los derechos morales conforme al art. 107 parecen directamente ejercitables por los artistas intérpretes.

¹⁰⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: "La contratación en materia informática", RJE La Ley, 19 de mayo de 1992, pág. 2.

¹⁰⁶ De hecho, en la Posición Común del Consejo 10652/1/90; GR/afg se decía: "Considerando que, en consecuencia, el marco jurídico comunitario sobre protección de programas de ordenador puede, en primer término, limitarse a establecer que los Estados miembros deben conceder a dichos programas una protección con arreglo a la Legislación sobre derechos de autor como obras literarias...". No nos corresponde aquí adentrarnos en las razones de oportunidad que llevaron a adoptar esta equiparación.

*la persona física o jurídica que según dicha legislación haya creado el programa, será considerada su autor*¹⁰⁷.

La Ley 16/1993, de 23 de diciembre que incorpora la citada Directiva ha incluido casi textualmente esta idea sin reparar en la falta de necesidad de armonizar este aspecto con la legislación interna: "1. *Será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas físicas que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por la Ley de Propiedad Intelectual.*- 2. *Cuando se trate de obras colectivas tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona física o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre...*". La única particularidad con respecto al régimen general de las obras colectivas es que el editor será considerado "autor". Baste pues, señalar respecto a las obras informáticas, la posibilidad de que los programas de ordenador puedan constituir obras colectivas.

2.2.3.- Editabilidad de las obras arquitectónicas.

Otras creaciones que en la actualidad presentan dudas acerca de si se trata de obras colectivas u obras en colaboración, son las obras arquitectónicas¹⁰⁸ y urbanísticas cuando han sido realizadas en el seno de un estudio de Arquitectura¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En cuanto a la posibilidad de que los programas de ordenador constituyan obras en colaboración, continúa el apartado 2.º del mismo artículo: "*Cuando un programa de ordenador se cree conjuntamente por varias personas físicas, los derechos exclusivos serán propiedad común*".

¹⁰⁸ A pesar de la dicción literal del apartado 2. f) del artículo 10, que únicamente hace referencia a "los proyectos, planos, maquetas y diseños" que representan dichas obras, entendemos que también han de ser consideradas obras protegidas a las propias obras arquitectónicas y de ingeniería. Veáanse las razones que da BERCOVITZ (op. ult. cit. pág. 237).

¹⁰⁹ La calificación de este tipo de obras ha sido planteada a propósito de la sentencia del Tribunal de Instancia de París (13º ch.), de 20 de diciembre de 1962, Gaz. Pal. 1963.2.144.

Su calificación como obra colectiva permite reconocer los méritos de todos aquéllos que han intervenido aportando su originalidad, aunque su intervención sea secundaria¹¹⁰ encumbrándoles a la categoría de autores. Por otra parte, sin embargo, su derecho a la paternidad¹¹¹ se verá diluido en el conjunto de la obra colectiva que podrá ir firmada únicamente por la persona - física o jurídica- que tuvo la iniciativa y dirigió la obra, aunque habrá que atender a los usos profesionales y a la buena fe y, tratándose de una obra

El litigio traía causa de la omisión del nombre de uno de los colaboradores que había participado muy activamente (derecho a la paternidad) por la revista *Urbanisme*, (concretamente en el fascículo monográfico que había dedicado a los trabajos de urbanismo realizados en Argelia). Este último, como autor asalariado, reclamaba la calificación de obra en colaboración para así poder reivindicar la inscripción de su nombre; por su parte, el empleador alegaba que se trataba de una obra colectiva. La Corte dió la razón al empleador con respecto a la calificación de la obra como colectiva. Sin embargo, no admitió las alegaciones de éste cuando alegaba que la constancia del nombre de su empleado constituía un favor y no un derecho, estimando el Tribunal que el silencio guardado por el patrón acerca del nombre del empleado era injurioso y "que constituía un abuso de derecho que redundaba en un perjuicio para el demandante".

HUET estima que si se aplican los criterios contenidos en el artículo 9.º de la ley de 11 de marzo de 1957, para que la obra arquitectónica sea considerada como colectiva se requiere que:

1.º "El patrón" de la agencia de arquitectura o del jefe de servicio lleve la iniciativa de la obra.

2.º Que publique y divulgue la obra bajo su nombre y dirección.

3.º Que la contribución personal de los distintos autores en la elaboración de la obra se diluya en el conjunto con vistas al cual fue concebido, sin que se pueda atribuir a cada uno de ellos un derecho distinto sobre el conjunto realizado. Señala, también, como en la práctica de la arquitectura es frecuente que la noción de colaboración aparezca cuando varios arquitectos se asocian, pero el problema de si la obra de arquitectura puede ser considerada como obra en colaboración entre los arquitectos y quienes intervienen en el terreno de la construcción sigue sin resolverse ("*Architecture et droit d'auteur*", RIDA, n.º 88 (1976), págs. 33-37). En el mismo sentido, véanse los comentarios de COLOMBET a esta misma sentencia, ("*Propriété...*", cit., pág. 90).

¹¹⁰ Se podrán incluir, en determinados casos, incluso a los auxiliares del arquitecto, así: aparejadores, delineantes o incluso algunos artesanos que aún bajo la dirección del arquitecto tengan cierto margen creativo. Pensémos, p. e., en el decorador de los espacios interiores, en aquél que especialmente cree las molduras de los techos con motivos frutales para el comedor, alegóricos para la biblioteca,... que prácticamente constituyan alto o medio relieves, unas escaleras especialmente talladas o cualquier otra contribución digna de ser reconocida como artística. Esta disparidad en los autores es posible porque las aportaciones de la obra colectiva no tienen qué tener el mismo valor. Damos por sentado que la elección del color de las paredes por el pintor de brocha gorda o el mero trabajo técnico del delineante nunca les colocarán en la situación del autor.

¹¹¹ Como ha subrayado HUET, a pesar del alto grado de desinterés de los arquitectos por el problema, el derecho moral al nombre es el mejor medio para darse a conocer (*op. cit.* pág. 47).

colectiva, habrá que estar también a lo pactado.

La consideración de la obra arquitectónica como obra en colaboración¹¹² presenta otras desventajas: la regla de la igualdad entre los coautores casa mal con el valor dispar de las aportaciones de la obra arquitectónica, pues en las obras en colaboración no hay cabida para las aportaciones accesorias que quedarían "fuera" de la obra en colaboración, manteniendo el *status* de obras independientes.

Una tercera posibilidad es considerar autor exclusivo al arquitecto bajo cuya dirección se elaboró el proyecto. Esta hipótesis parte de un presupuesto falso y desconoce la complejidad en la realización de estas obras aunque, en algunos casos, podrá responder a la realidad cuando el trabajo de los asistentes no haya sido creativo; pero en estos supuestos se llegaría de todos modos a la misma solución.

Somos de la opinión que, al igual que en otros tipos de obras intelectuales, no ha de enjuiciarse la jerarquía de los distintos miembros de la firma, sino la participación original creativa de cada uno. Tampoco nos

¹¹² Como argumento para negar la coautoría entre una Compañía constructora y la firma de arquitectos para así poder utilizar los planos libremente en la edificación de un segundo edificio, es interesante como el demandante, -la firma de arquitectos-, además de argüir que la contribución del cliente había sido menor, alegaba que su cliente no podía ser considerado coautor de los planos en ningún caso porque no tenía licencia para la práctica de la arquitectura o ingeniería en Nebraska (citado por HOFFMAN, P.: "*Judge rules that Copyright Law protects Architects*", in "*Modern Copyright Fundamentals*", edited by Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington DC, 1989, págs. 87-88). OLIVEIRA ASCENSÃO considera también que a falta de acuerdo, la situación entre el arquitecto y el comitente de la obra es parecida a la de la obra en colaboración, pero como ambas partes no se sitúan en un mismo plano de relación con la obra sus prerogativas son también diferentes (citado por PONTES NETO, H.: "*Le droit d'auteur et l'architecte*", D d A, juillet-août 1983, pág. 224).

En nuestra opinión, dado el doble carácter técnico y artístico de la arquitectura, el tipo de obra dependerá del modo de elaboración de la misma, no de la titulación de los presuntos coautores sino de su efectiva participación. De todas formas este caso escapa del supuesto que ahora nos ocupa en el cual lo que interesa verdaderamente analizar es la relación existente entre el "patrón" de la agencia de arquitectura y sus colaboradores, asistentes y socios. Esto es, las relaciones internas entre los miembros de la firma y no las relaciones con sus clientes.

parece válida la analogía entre responsables civiles por los daños y perjuicios debidos a vicios de la construcción (art. 1.591 C.c.) y los posibles titulares del derecho de autor¹¹³.

En las obras urbanísticas se suscita la cuestión relativa a la pluralidad de oficios y profesiones que se confunden para elaborar éstas obras: arquitectos, ingenieros, economistas, sociólogos...¹¹⁴ Los informes de estos profesionales han de ser considerados en su doble aspecto: por un lado, los propios dictámenes en sí, en la medida en que sean originales, estarán protegidos como obras científicas; de otro, habrá que ver hasta qué punto pueden llegar a constituir aportaciones del conjunto urbanístico. La solución que dió la jurisprudencia francesa¹¹⁵ era que se debería reconocer la originalidad sobre el cálculo de la estructura metálica del hormigón cuando del resultado de esos cálculos derive la modificación de la forma. Más difícil será comprobar hasta qué punto afectan al conjunto las aportaciones de los distintos profesionales cuando éstas sean tenidas en cuenta desde el principio en la realización del proyecto, sin dar lugar a alteraciones posteriores.

Finalmente, las obras arquitectónicas merecerían ser objeto de una regulación específica que atendiera a su doble aspecto, artístico y técnico, pero dentro de la Ley de Propiedad Intelectual como lo son las obras

¹¹³ No todos los autores que contribuyen con sus aportaciones a la obra arquitectónica serán responsables de la ruina del edificio. Así, un decorador que haya participado creativamente en el diseño del reparto de los espacios, nunca podrá alterar la disposición de los elementos sustentantes y, por tanto, no podrá ser responsable de por el daño causado.

¹¹⁴ Algunos incluso llegan a considerar digna de protección la actividad de los jardineros y paisajistas cuando presente rasgos de originalidad. Vid. OLIVARES ABAD, J. M.ª: "*De una primera solución práctica y formal: Discordancias entre derechos dominicales sobre inmuebles y derechos moral en la propiedad intelectual de decoradores, jardineros y arquitectos*", RDP, mayo, 1989, págs. 467-470.

¹¹⁵ Vid. sentencia precitada de 20 de diciembre de 1962. En nuestra opinión, el cálculo, aunque actividad intelectual, no es creativo, sino técnico.

cinematográficas¹¹⁶ o informáticas y no de Leyes generales de construcción.

2.2.4.- ¿Pueden ser obras colectivas las exposiciones?

También queda en entredicho la "editabilidad" de estas presuntas obras. Pero, antes de debatir sobre este aspecto, conviene precisar si las exposiciones que demuestren un cierto grado de originalidad pueden ser consideradas como verdaderas obras colectivas y auténticas creaciones intelectuales.

En primer lugar, hay que excluir aquellas exposiciones cuyas contribuciones no hayan sido concebidas para su fusión en la obra colectiva, pues en estos casos no se cumple el supuesto de hecho contemplado por el art. 8.º, con lo cual se reduce enormemente el ámbito de las mismas; en segundo lugar, las aportaciones han de fundirse de tal modo que constituyan un conjunto unitario y autónomo que las diferencie de la mera yuxtaposición de obras o de las obras independientes; y en último lugar, por mucha originalidad que presenten tanto la exposición en sí como las aportaciones para ella concebidas, habrá que ver si verdaderamente se trata de una creación intelectual, esto es, si consiste en una obra literaria, artística o científica.

Siempre habrá un amplio margen de duda. La LPI es muy laxa a la hora de exigir las condiciones mínimas para que exista creación. Así, el art. 12 dispone cómo también son objeto de propiedad intelectual las colecciones *de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales*. Creemos que esta ambigüedad ha de ser

¹¹⁶ El procedimiento que debería guiar al legislador en este campo -señala HUET- tendría que ser semejante a la que le inspiraba cuando se ocupó de las obras cinematográficas, las cuales fueron consideradas, también, en su dimensión industrial, *op. cit.* pág. 49. Por su parte, MOULIN ("*Les architectes*", Ed. Calmann-Lévy, Paris, 1973, pág. 145) compara al arquitecto con el guionista que necesita que su idea sea ejecutada por un productor, incluso si éste último resulta ser la Oficina del H.L.M. (Organismo de Viviendas Protegidas).

interpretada restrictivamente amparando dichos eventos, en cuanto sean originales, por medio de las prácticas restrictivas de la competencia desleal o por la teoría del enriquecimiento sin causa, pero sin desnaturalizar la institución de la propiedad intelectual. Como ejemplo de lo anterior puede ser ilustrativo una exposición de prototipos de coches, especialmente concebidos por las distintas compañías para la misma; aunque los diseños de cada uno de los coches (aportaciones) estén protegidos, e incluso cada una de sus piezas por separado, la exposición en sí difícilmente, nos parece, podría ser considerada una obra artística, cuanto menos aún científica, ya que el acto resultante no supuso en ningún momento una actividad científica.

Se ha señalado como la exposición supone un acto de comunicación pública (art. 20.2, g), pero un acto no es una obra. Parece que la obra requiere una fijación material y un mínimo de originalidad¹¹⁷. Ahora bien, aquí nos estamos refiriendo a *la exposición pública de obras de arte y a sus reproducciones* (art. 20.2, g); exposiciones que rara vez constituirán obras colectivas, puesto que las obras artísticas expuestas generalmente no son concebidas *ex professo* con miras a dicha exposición. Normalmente, cuando se trate de exposiciones originales de obras preexistentes, estaremos en presencia de una obra compuesta, del tipo de las compilaciones de obras ajenas, que incorporan obras preexistentes¹¹⁸.

¹¹⁷ RODRIGUEZ TAPIA, *op. ult. cit.* pág. 145 y ss.

¹¹⁸ Nos parece que existe, sin embargo, una diferencia fundamental: de considerar tales exposiciones obras compuestas, para la licitud de la misma es necesaria, además de no perjudicar los derechos del autor de la obra preexistente, la autorización del mismo (art. 9.º). No obstante, de acuerdo el artículo 56. 2 L.P.I., "*el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque esta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiere excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original...*". Esto es porque, como decía PIOLA-CASELLI, la venta es al artista lo que la edición al escritor, es decir, el abandono definitivo de su obra, hasta entonces conservada en la intimidad de su estudio para el conocimiento de la colectividad. Supone la existencia separada de la obra en la cual el autor no podrá ya echar marcha atrás. ("*Trattato del Diritto di autore*", Ed. Marghieri-UTET, Napoli-Torino, 1927, pág. 427). La exposición, como acto de comunicación pública, es lícita una vez que haya habido divulgación. Resulta discutible, en cambio, que por la sola venta de la obra se entienda cedida, salvo pacto en contrario, la autorización del autor al adquirente del *corpus mechanicum* para que se creen obras compuestas a partir de la suya original. Esta antinomia

La cuestión versa entonces sobre la posibilidad de que existan exposiciones en las cuales el acto de comunicación pública constituya, a la vez, acto de creación de una obra colectiva por haber sido las aportaciones concebidas para tal exposición, posibilidad que aunque remota no es imposible.

Algunos han considerado que dentro de este tipo de exposiciones se podrían incluir, por su originalidad las ferias de muestras y las Exposiciones Universales, las cuales requieren un auténtico trabajo intelectual de proyecto, coordinación y diseño, poniendo en relación todas las aportaciones y objetos individuales de los participantes¹¹⁹.

se presenta menos áspera si encajamos el supuesto de la exposición de obras de arte dentro de los artículos 11 ó 12 de la L.P.I., que no mencionan expresamente la necesidad de autorización del autor, aunque si exigen el no causar perjuicio a los derechos del autor de la obra original. La otra posibilidad sería no calificar la exposición de obra compuesta sino de mero acto de comunicación pública de varias obras de distintos autores.

¹¹⁹ RODRIGUEZ TAPIA, *ibidem*. Este autor, en base a que el art. 31 del Reglamento de la Exposición Universal de Sevilla 1992 (B.O.E. 5-10-1988) reserva el derecho de autorizar la reproducción y venta de reproducciones del conjunto de la Exposición o de parte de la misma a la Organizadora, plantea si tal derecho lo ostenta la Organizadora en su función de directora de la obra colectiva, por un criterio de semejanza con la labor del director de un periódico o de una enciclopedia, obras colectivas por antonomasia. Por nuestra parte, consideramos que dada la disparidad de elementos que componen una Exposición Universal es dudosa la existencia del requisito de que las aportaciones constituyan una *creación única y autónoma*. Las obras colectivas han de ser calificadas cuidadosamente. Pensamos que nunca se deben calificar *a priori* en su conjunto, pues al igual que en una obra periodística, una Exposición puede estar compuesta por aportaciones especialmente concebidas para la misma pero también por otro tipo de elementos y por obras preexistentes. Pero incluso en el caso de que se trate de aportaciones especialmente concebidas para la misma, la cohesión de dichas aportaciones nos parece suficientemente incierta como para que sea calificada de obra colectiva. La consecuencia fundamental sería que la obra-aportación así concebida debería ser considerada obra realizada por encargo o, en su caso por autor asalariado, siendo el Estado el empleador o comitente, adquiriendo por tanto, la propiedad material de la obra. Así, se consideró obra realizada por encargo del Estado y, por tanto, edificio público la famosa *Torre Eiffel* (Trib. Civ. Seine, 18 Avril 1889 y Paris, 7 Août 1889, Annales P.I. 1893, pág. 215), una de las máximas atracciones de la Exposición Universal de París de 1888.

No se trata de pura lucubración teórica sino que el considerar obras independientes a las distintas aportaciones confiere al autor la posibilidad de obtener una participación proporcional; solución que nos parece especialmente justa cuando debido al éxito de alguno de los trabajos éste sea explotado separadamente. Nos parece que en relación a la explotabilidad separada de obras-aportaciones en este tipo de eventos ha de hacerse una salvedad: las obras cuyo éxito es consecuencia de la identificación de la misma con el propio evento al que representan *ab initio* y que por lo general son adjudicadas por concurso, como son las mascotas.

Nos parece que debe tomarse con mucha cautela cualquier consideración apriorística de calificar las exposiciones como obras colectivas. Con la calificación de estos espectáculos como obras colectivas se corre el riesgo de burlar los derechos de los autores de las obras individuales que la integran¹²⁰ y cuya relación con la Entidad Organizadora es laboral o contractual, cediendo sus derechos de explotación sobre las obras dentro de los límites del art. 51 y, desde luego, nunca más allá de los derechos morales de autor. La disparidad de las aportaciones, no sólo en su género sino también su forma de percepción y en su diacronía, no ayudan a la idea de fusión en una creación única y autónoma.

De otra parte, una de las justificaciones de existencia de la obra colectiva es el premiar a quien arriesgó su capital para crear la obra. En

¹²⁰ El caso de las exposiciones de contribuciones especialmente concebidas para la misma es semejante, en cierto modo, al de los festivales musicales del tipo de los de *Eurovision*. Las obras que lo integran son inéditas y han sido creadas con miras a ser integradas en dicho evento. La celebración del Festival también requiere de una organización. El Festival en su conjunto está compuesto, además de por las canciones principales, por otras aportaciones como decorados, diálogos de los presentadores, actuaciones de teloneros, etc. que, a su vez, podrán estar protegidas o no por el derecho de autor. Aún reconociendo el mérito que supone la organización y promoción de un espectáculo de este tipo, nos parece que su protección legal no debe correr por los mismos caminos del derecho de autor. Creemos que, quizá, la mejor solución sea el proteger estos acontecimientos a través del joven *derecho de arena*. Los derechos de arena o de Estadio, innovación de la Ley brasileña de derechos de autor de 1973, se encuentran a caballo entre los derechos vecinos a la propiedad intelectual y el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen y tienen por objeto conceder a las asociaciones que promueven cualquier clase de deporte el derecho de autorizar y recibir los beneficios de la retransmisión. CHAVES, uno de los artífices de la institución, ha señalado como existen muchas otras manifestaciones públicas de gran belleza que atraen mucha curiosidad por todo el mundo, tales como cabalgatas de carnaval, corridas de toros, ferias, exhibiciones y competiciones de animales, desfiles de modas, etc. De este modo los derechos de arena tal y como están hoy concebidos, bien pueden en el futuro encontrar aplicación también en otros numerosos campos ("*Arena Rights. Legislative Problems Concerning Broadcasting of Large Shows (Sports or Other)*", Copyright, 1987, pág. 319).

La evolución de estos derechos quizá permita evitar la adulteración de los derechos de autor, los cuales, en otro caso, tenderían a extenderse a campos insospechados. Se evitaría así la contradicción que supone conceder derechos de autor a quien organiza un certamen de belleza y, en cambio, dejar fuera a quien inventa un nuevo método de contabilidad o una formulación matemática. Aunque una sentencia del Tribunal de Milán de 16 de febrero de 1959 estimó que la participación en un *concurso de belleza* no entra en el campo de la creación intelectual, a pesar de que requiera un cierto grado de cultura, con ello no se protegen las aportaciones particulares de los participantes, pero no excluye la dirección y coordinación sobre el conjunto que podría quedar protegido en base al art. 12 LPI.

cambio, en este tipo de eventos parece que los ingresos económicos son recaudados por otros medios, como patrocinadores, publicidad, cobro de entrada, contratas, e incluso la muy lícita explotación de los derechos de propiedad intelectual que ostente sobre los programas de eventos, planos, libros y otros objetos que, singularmente considerados, constituyan obras colectivas.

Ahora bien, los problemas a la hora de calificar una exposición de obra colectiva no radican solo en su dificultad para ser editada, sino también en si verdaderamente cada una de las exposiciones cumple con las características de ser una creación intelectual. Sobre cada una de las demás obras¹²¹ que componen la muestra, la Entidad Organizadora podrá explotarlas en los términos que haya contratado con cada autor en su condición de empleador; esto es, su adquisición es a título derivativo.

A modo de conclusión y en relación con el requisito de la edición, consideramos que: 1.º) La obra colectiva existe desde antes de la publicación, e incluso desde antes de su terminación; 2.º) no es necesario que se trate de editores de profesión; 3.º) con todo tipo de reservas, podríamos decir que en el art. 8.º, los términos "editar" y "publicar" son sinónimos de "divulgar". El resultado sería que dicho artículo tendría el mismo contenido que el art. 3.º de la Ley francesa del 1957 en la que se inspira y que no excluye de ser colectivas a aquellas obras que no pueden ser objeto de edición; 4.º) tanto las obras plásticas, como las informáticas y arquitectónicas podrán ser obras colectivas, siendo mucho más dudoso que las exposiciones puedan ser consideradas obras colectivas, no sólo por la inadecuación a este tipo de obras sino por el más grave escollo de que este tipo de actividades constituyan creaciones intelectuales.

¹²¹ Incluimos junto al resto de las aportaciones las del conjunto urbanístico original (pabellones, etc.) que contienen las demás obras que estarán protegidos como obras arquitectónicas. Eso sí, los edificios, como inmuebles pertenecerán a la Organizadora, pero el derecho de reproducción, sus planos y maquetas corresponderá a sus autores.

2.3.- Los autores de las contribuciones.

Los autores de una obra colectiva han de ser personas naturales (art. 5.º). Esto, además de excluir a las personas jurídicas como autoras de las aportaciones¹²², excluye también que pueda predicarse la condición de autor a un objeto inanimado¹²³, e incluso a semovientes, especialmente adiestrados a pintar, bailar o ejecutar otras proezas¹²⁴.

Es significativo que el legislador utilice el término "autor", pues mientras que la contribución del coordinador no es imprescindible que tenga un carácter literario, científico o artístico, se requiere que cada una de las aportaciones fragmentarias que componen la obra colectiva queden al amparo del derecho de autor¹²⁵. La consecuencia inmediata es que las aportaciones que carezcan de la condición de obra del ingenio no formarán parte de la obra colectiva. Así, p.e., la lista de farmacias de guardia que aparece en una publicación periódica carece de la condición de obra intelectual, por tanto, no formará parte de la obra colectiva y su redactor no será considerado autor de una contribución.

¹²² RODRIGUEZ TAPIA, A.: al tratar este tema, revisa el dogma de que las personas jurídicas no puedan ser autoras, considerando que los argumentos en contra no son válidos por ser de índole estético-artística o metafísica (*op. cit.*, págs.157 y 158).

¹²³ CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al artículo 5.º", en "Comentarios a la LPI" cit. pág. 103. Se refiere en concreto a la incapacidad de los ordenadores para, a través de su programación, producir una composición articulada (v. gr. música). Sin embargo, podemos esbozar aquí un problema que será estudiado al ocuparnos de las obras derivadas: la realidad de programas informáticos capaces de traducir o la posibilidad de que se obtengan otros resultados de interés sin intervención de la creatividad del hombre, como filmaciones de interés documental fijadas de modo accidental (p. e., por un circuito cerrado de televisión).

¹²⁴ Entendemos que aunque la Ley francesa proteja los números circenses, incluidos aquéllos que se ejecutan por medio de animales que -de hecho, los espectáculos de doma de animales han sido considerados objeto de propiedad intelectual cuando revisten un fondo artístico (GRECO, P. & VERCELLONE, P.: "*I diritti sulle opere dell'ingegno*", UTET, Torino, 1974, pág. 73)- quien ostenta los derechos será su propietario o adiestrador y nunca, por supuesto, el propio animal que no es sujeto de derechos.

¹²⁵ CEDRAS, *op. cit.* pág. 19.

2.3.1.- Capacidad necesaria de los autores.

Con respecto a la capacidad necesaria para la creación de obras colectivas hay que distinguir dos aspectos:

a) de un lado, la aptitud natural para ser autor no requiere capacidad de obrar alguna por lo que, en principio, cualquier persona natural podría crear una aportación concebida para ser incorporada a una obra colectiva¹²⁶;

b) de otro, la capacidad jurídica necesaria para contratar con el promotor. Si tenemos en cuenta que con anterioridad a toda obra colectiva han tenido que celebrarse unos contratos entre el promotor y los autores comprometiéndose éstos a crear las aportaciones en los términos convenidos y aquél a remunerarles y coordinar la obra de acuerdo con el plan pactado, se requiere plena capacidad de obrar. No basta la simple capacidad jurídica¹²⁷.

En el capítulo anterior ya hicimos referencia a que el ejercicio de los derechos de autor por el creador menor de edad plantea problemas de dos órdenes, consecuencia de la doble vertiente moral y patrimonial del derecho de autor. Al igual que ocurría respecto a las obras en colaboración, habrá que estar tanto a las normas generales establecidas por el C.c. como a las disposiciones de la LPI.

En principio, el menor o incapaz deberá estar representado por sus padres o tutores. Pero dada la necesidad de comprometer los derechos

¹²⁶ En base a que la actividad que realizan los autores no es jurídica sino físico-intelectual, RODRIGUEZ TAPIA estima que es concebible en personas con capacidad jurídica limitada, por tanto, en menores o incapaces (*op. cit.* pág. 157). Ahora bien, esto habrá de ser matizado más adelante.

¹²⁷ Así, de acuerdo con el art. 1.263 del Cc: "No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan leer o escribir".

morales, -especialmente, la facultad de divulgación-, sería ilegítimo que se publicara la obra del incapacitado sin su consentimiento por sus padres o representantes. Se aplica al ámbito de los derechos de autor como extensivo lo que dispone el art. 162.1 del C.c., y en caso de conflicto, la madurez del autor menor deberá ser valorada por la autoridad judicial¹²⁸. Pero además, según el último párrafo de este mismo artículo "*para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158*". Parece claro que el contrato de creación supone una prestación personal.

En cuanto a los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o Institución que los tenga¹²⁹ a su cargo, como dispone el artículo 44 LPI, nos parece que tienen plena capacidad para ceder sus derechos de explotación. Incluído, pensamos, éste sobre su obra/aportación futura¹³⁰.

¹²⁸ Véase, la bibliografía citada en el capítulo II, epígrafe 3.4.1, especialmente, PEREZ DE ONTIVARES, "*Derecho de autor: la facultad de divulgación*" cit., págs.174 y ss.

¹²⁹ Nos hemos permitido corregir la sintaxis del legislador. El art. 44 dispone que "los autores...que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres ...o con autorización de la persona o institución que los tengan" a su cargo...". El legislador ha concordado el verbo de la oración subordinada con "los autores", sujeto de la oración principal, en vez de con "la persona o institución", sujeto de la oración subordinada de relativo.

¹³⁰ Si partimos, además, de lo accesorio de las aportaciones y de su prescindibilidad, en principio es mucho más improbable que la aportación consista en un bien de "extraordinario valor" y que se planteen los problemas que evidenciaba PEREZ DE VARGAS que evidenciaba con respecto a las creaciones intelectuales, en general ("*Consideraciones generales en torno al art. 44...*" cit.) y que ya hicimos eco al ocuparnos de los coautores menores de edad. Pero si una aportación es considerada de "extraordinario valor", creemos que se debe dar la misma solución que si se tratara de una obra individual, requiriéndose que su consentimiento sea completado por sus padres o tutores.

2.3.2.- Pluralidad de autores.

La necesidad de una *pluralidad de autores* para que pueda existir una obra colectiva radica, no sólo por la exigencia legal que se refiere a las *aportaciones de diferentes autores*, lo cual en sí ya supone un sujeto plúrimo o plural sino, sobre todo, por el hecho de que dichas contribuciones han de *fundirse en una creación de tal manera que sea imposible atribuirles separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra*¹³¹.

En principio, esto mismo parece predicable también respecto de las obras en colaboración cuyas aportaciones son inescindibles e indivisibles, pero en éstas la autoría indivisa de cada uno de los coautores sobre el todo es evidente en base a la propia colaboración de los mismos; frente a las obras colectivas, en las cuales las contribuciones se caracterizan por su parcialidad respecto al conjunto de la obra y donde la característica esencial es la falta de cooperación entre los autores. Por esta razón, en la obra colectiva cobra especial trascendencia la labor del coordinador.

La nota de accesoriedad de las aportaciones respecto de la totalidad de la creación va a constituir uno de los mejores criterios para apreciar si estamos en presencia de una obra colectiva¹³².

¹³¹ No lo ve así MARIOTTI, quién censura este mismo aspecto exigido por el art. 9.º de la ley francesa del 57. Considera que este requisito de indistinguibilidad de las contribuciones era innecesario y sirve sólo para restringir el ámbito de aplicación del artículo a un reducido grupo de obras creadas en estrechísima colaboración creativa, como pueden ser los diccionarios, raras de encontrar en la práctica. Añade como su razón de ser reside en que el legislador francés ha querido conceder el derecho de autor de las obras colectivas al editor sin contrariar el principio de atribución de la propiedad intelectual únicamente a las personas naturales. Por ello, los franceses justifican su excepción en base a que, con tantos sujetos, permanecer fieles al régimen de comunión de derechos sería diabólico ("*Opera collettiva...*" cit. págs. 47 y ss). En cambio, para CEDRAS la necesidad de fusión entre las distintas aportaciones se traduce en que los partícipes sean múltiples ("*Les oeuvres collectives...*" cit., pág. 19).

¹³² Observa CEDRAS como el carácter fragmentario de las contribuciones prohíbe la atribución a cada creador de un derecho "distinto", o sea, indiviso sobre la obra final. Por lo

En virtud de esta "absorción" de la aportación por el conjunto, parece desprenderse que en la obra colectiva se exige mayor número de participantes que en la obra en colaboración, para la cuál bastan dos coautores. Difícilmente podrá ser accesoria la aportación de un autor cuando en la creación del conjunto sólo han participado dos autores y el coordinador-editor.

Cuando el número de autores sea muy reducido, sí parece "*posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos derechos sobre el conjunto de la obra realizada*". En estos casos, como apuntábamos en el capítulo anterior, el coordinador podría ser calificado de *coautor*. En caso contrario, si la actividad del coordinador no fuera suficientemente creativa, la relación entre el coordinador y los autores se ajustaría más a un arrendamiento de obra o a las relaciones entre el empresario y los autores asalariados que crean una obra en colaboración.

En estos casos, la calificación de obra colectiva parecería responder al deseo de burlar las normas relativas a las obras hechas por encargo o en cumplimiento de una relación laboral, -conjugadas con el art. 7.º relativo a las obras en colaboración-, menos favorables para el editor¹³³. Dicho esto, poco

cual, el único criterio respecto a la obra colectiva es la ausencia de cooperación en el todo y no la imposibilidad de identificar las distintas aportaciones (*ibidem*).

Con recelo especial habrá que ver las situaciones de obras creadas por un equipo en el seno de una empresa (p.e. publicitaria), bajo la supervisión de un coordinador. Habrá que prestar especial atención al hecho de si los autores se han limitado a cumplir el trabajo asignado por el coordinador o si han "cooperado" los unos con los otros, disfrutando de una amplia esfera de libertad creadora.

¹³³ Somos de la opinión de que en estos casos será más adecuada la calificación de tal obra como colaboración, incluso, cuando los "coautores" no hayan colaborado materialmente, habiendo sido suplida esta falta por el coordinador-editor al repartir los encargos. De no admitir este punto de vista, creemos que sería extremadamente fácil para los editores defraudar tanto los derechos morales como económicos, (especialmente el derecho de participación proporcional en los ingresos de la obra, así como a otras modalidades de cesión que excedan del ejercicio habitual del empresario, derechos sobre las adaptaciones de la obra, etc.), de los autores asalariados o comisionados. Véanse también las razones dadas en el Capítulo anterior cuando, a pesar de que las aportaciones de los coautores no fueran simultáneas estimábamos que existía verdadera colaboración.

podemos precisar acerca de qué número de autores puede ser considerado como mínimo. Se trata de una apreciación que debe ser considerada en cada caso junto al resto de las circunstancias.

2.3.3.- Los autores de contribuciones accesorias: inexistencia del principio de la igualdad entre los autores.

A diferencia de las obras en colaboración, dónde los autores de aportaciones accesorias a la creación principal no eran considerados coautores¹³⁴, en las obras colectivas las contribuciones pueden ser o no de dispar magnitud sin que afecte, en absoluto, ni a la calificación, ni al régimen jurídico de la obra. Es consecuencia de la prescindibilidad y del carácter fragmentario de las contribuciones. Supone que no existen verdaderas aportaciones principales. Por ello, cuando hablamos de contribuciones accesorias, lo que realmente queremos decir es que se trata de aportaciones secundarias con respecto a las demás, (p.e. las ilustraciones o mapas de una obra histórica cuyo texto ha sido elaborado bajo la noción de la colectividad). Pues bien, estas contribuciones accesorias son -si se nos permite la paradoja- tan accesorias como el resto de las aportaciones, disfrutando de idéntico régimen jurídico.

Por razón de la mera incorporación de contribuciones accesorias a una obra individual o en colaboración, este tipo de obras no se convierte en obras colectivas, burlando, por este medio, la calificación que corresponda a la obra principal. También coadyuva a sentar el carácter de obra independiente de las incorporaciones accesorias a una obra individual o en colaboración el art. 46.2, apartados c) y d), que, aparte de la crítica desfavorable que merece¹³⁵, pone de manifiesto cómo cuando la obra utilizada con otras, no constituye un

¹³⁴ Vid. *supra*, *affaire Dalí v. T.R.M.*

¹³⁵ Vid. TORRES LANA, J. A.: "Comentario al artículo 46", en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 704 y ss.

elemento esencial de la creación intelectual en la que se integra, podrá estipularse una remuneración a tanto alzado; mientras que si se trata de diccionarios, antologías y enciclopedias (y otras obras que, como las científicas, también pueden responder a la calificación de obra colectiva) este tipo de remuneración podrá estipularse con respecto a la totalidad de la obra.

Los derechos de los autores también pueden ser diferentes, rigiéndose cada uno según lo pactado en su particular contrato de creación con el promotor. Pero no entra en juego el principio igualitario existente en la colaboración, cuyo máximo exponente es la regla de la unanimidad para cualquier decisión que afecte a la vertiente moral del derecho de autor, con independencia de la importancia cualitativa o cuantitativa de sus contribuciones. Esto es, en una misma obra colectiva cada autor puede tener distinto régimen jurídico; así unos pueden haberse reservado por contrato el derecho de utilización separada de su aportación, otros el derecho de modificación, etc. Ahora bien, nada obsta a que en virtud de la libertad de pacto, se pudiera convenir que la obra colectiva se rigiera por las reglas de la obra en colaboración.

2.4.- Las contribuciones.

2.4.1.- Necesidad de que las contribuciones constituyan verdaderas creaciones.

La obra colectiva ha de ser resultado de la fusión de diferentes aportaciones las cuales, a su vez, han de ser objeto de propiedad intelectual. De ahí que la Ley se refiera a "aportaciones de diferentes *autores*". Las contribuciones han de ser, por tanto, literarias, artísticas o científicas¹³⁶. No obstante, la obra colectiva puede incorporar otros materiales que no sean

¹³⁶ Aunque la actividad del promotor no ha de ser necesariamente literaria, científica o artística, ya vimos como este carácter es también indispensable respecto al conjunto de la obra colectiva, pues, en caso contrario no constituiría una creación intelectual. Véase lo dicho *supra* a cerca de las reservas que ofrece la presunta calificación de obra intelectual de las exposiciones.

objeto de propiedad intelectual, (como es el caso de la lista de farmacias de guardia o las esquelas¹³⁷ en una publicación periódica, o una relación cronológica de hitos históricos en una enciclopedia).

Nos parece que no habrá, en cambio, creación ni colectiva ni individual formada exclusivamente por elementos de esta índole¹³⁸, a no ser que dichos elementos formen parte de una creación tal y como dispone el art. 12, si *por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones intelectuales*. Así, una recopilación de frases célebres estará protegida en cuanto a su selección e índices (las frases en sí pertenecerán al dominio público), pero si se debió a la iniciativa de un promotor-coordinador el material aportado por sus auxiliares, no constituye una creación y, por tanto, es dudoso que dichos auxiliares puedan ser calificados de "autores" y que tal obra pueda ser calificada de colectiva. En nuestra opinión, el promotor, como único sujeto cuya contribución es creativa, podría ser calificado como autor individual¹³⁹.

¹³⁷ A este respecto señala MISERACHS I SALA (*"La propiedad intelectual"* cit., pág. 39) como los modelos de *esquelas*, participaciones de *nacimientos*, *matrimonios* y *defunciones*, son fórmulas de uso corriente que por su naturaleza, uso y costumbre, están en el dominio de todos, sin que reúnan las condiciones de inventiva y originalidad necesarias consideralas como obras literarias o artísticas (Real Orden del M. Instrucción de 21 de marzo de 1901, publicada en la *Gaceta* de 17 de abril de 1901).

¹³⁸ No podemos compartir la opinión de RODRIGUEZ TAPIA de que desde las actas de un consejo de administración hasta la lista de clientes de una empresa, pasando por una declaración institucional de carácter informativo, ideológico o meramente retórico, es susceptible de ser considerada obra protegible (*op. cit.* pág. 158). Creemos que -salvo las declaraciones ideológicas o retóricas cuando sean originales- dichos elementos, aunque tengan un valor patrimonial indiscutible (así, las listas de clientes son objeto de tráfico) no pueden ser considerados creaciones intelectuales, precisamente, por carecer del carácter creativo y original propio de las obras literarias, artísticas o científicas. Así, un acta de consejo podrá ser copiada impunemente por el próximo secretario de consejo, introduciendo únicamente cambios de fecha, asistentes y orden del día sin riesgo de ser acusado de plagio. Por ello, no repugna al derecho de autor el decir que tales elementos pertenecen a las personas jurídicas para las cuales han sido producidos, pues no constituyen objeto de su protección.

¹³⁹ Se plantea aquí una cuestión interesante: si una obra de esas características no pudiera ser calificada de colectiva, el promotor que haya tenido la iniciativa no podría beneficiarse de dicho régimen, pudiendo obtener únicamente la propiedad intelectual a través de la coautoría. ¿Pero quiénes serían los demás coautores si partimos del hecho de que no son autores quienes suministraron material no constitutivo de ser considerado creación intelectual? Caben varias posibles respuestas. La primera sería considerar que no hay

2.4.2.- Las contribuciones deben ser concebidas para formar parte de la obra colectiva.

Este requisito entronca con la necesidad de existencia de un contrato de creación previo no sólo a la creación de la obra colectiva sino también de las propias aportaciones que, en su creación, habrán de ajustarse a los dictados de dicho contrato. La obra colectiva no puede ser creada por casualidad sino que requiere que se hayan celebrado determinados contratos. Por eso también hace falta, como dijimos, que el autor tenga capacidad de obrar o, en su defecto, que ésta sea completada.

En cuanto si las contribuciones no concebidas para *ex profeso* para la obra colectiva pueden formar parte de la misma, hemos de responder en sentido afirmativo. Una obra colectiva puede incorporar, *además de las contribuciones concebidas para ella* otros materiales no protegidos por el derecho de autor y por obras tanto de dominio público, como todavía en período de protección. Pero sobre éstas últimas los derechos del promotor serán a título derivativo. Podríamos decir que la obra colectiva puede incorporar *materialmente* obras preexistentes, -ya esté en dominio público o no-, pero *idealmente*, estas aportaciones no concebidas especialmente para

inconveniente alguno en calificar dicha creación como obra colectiva a pesar de las objeciones señaladas. Para ello habría que ampararse en la ficción de que, por muy dirigida que haya sido la actividad de los colaboradores, denota una cierta creatividad; una segunda pudiera ser considerar que hay coautoría exclusivamente entre el promotor y aquellos colaboradores que participaron en los criterios de selección y disposición (obra en colaboración); una tercera, compatible con la anterior, sería estimar que la obra ha sido debida a un único autor: el promotor-coordinador por ser únicamente éste quien aportó un trabajo creativo, aunque sólo sea de selección (art. 12). En los dos últimos supuestos los derechos sobre la obra no podrán ser atribuidos originariamente una persona jurídica. En caso de que la iniciativa hubiera partido de una persona moral esta podría, en cambio, adquirir, derivativamente, tales derechos como consecuencia un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios.

En nuestra opinión, se trata de una obra que constituye el típico producto editorial. En cambio, y puesto que el editor puede adquirir la titularidad por otros cauces, no creemos que se deba desnaturalizar más la noción de la obra colectiva, que en principio exige que las aportaciones tengan las características de las creaciones intelectuales.

En el capítulo próximo trataremos con más detenimiento los problemas planteados por las colecciones de "*otros elementos o datos*", obras a caballo entre las obras derivadas y las originales.

tal fin, no formarán parte de la obra colectiva. Su régimen jurídico será el de las obras independientes.

En relación al requisito de haber sido concebidas las aportaciones para su incorporación en la obra colectiva, podríamos hablar de obra colectiva *en sentido estricto y estricto*. La primera comprendería únicamente aquellas aportaciones especialmente concebidas para ser incorporadas a dicha obra; la segunda, comprendiendo también contribuciones preexistentes y otros materiales no susceptibles de propiedad intelectual, se identificaría con la publicación en sí y, como ha quedado señalado, no participaría del estatuto de las obras colectivas en su conjunto.

Se ha planteado si las aportaciones han de ser además *inéditas* o si basta una originalidad relativa, en el sentido de que es suficiente para cumplir dicho requisito con que se trate de obras que no hayan sido publicadas con anterioridad como contribuciones a una colectiva periódica o enciclopédica, concluyéndose en este último parecer¹⁴⁰.

¹⁴⁰ RODRIGUEZ TAPIA cita el caso de un literato o científico que crea una aportación partiendo de una obra suya anterior (*op. cit.*, pág. 146). Según nuestro criterio, la aportación, en cuanto que no se limite a reproducir la obra previa, es una obra original desde el punto de vista del derecho de autor -que ya hemos visto en muchas ocasiones como la propiedad intelectual admite una originalidad muy escasa-, aunque las ideas expuestas no lo sean. Podemos hacer esta lectura del art. 11 que al disponer: "sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: ... 3.º los compendios, resúmenes y extractos...". En el caso planteado, queda presupuesto que al tratarse de un resumen realizado por el propio autor, la licitud es indubitable, salvo que atente contra los derechos adquiridos por terceros respecto de la obra original. Si dicho extracto ha sido encargado por el coordinador de la obra colectiva, la aportación así creada no presenta ninguna particularidad con respecto a las demás aportaciones puesto que también ha sido concebida para su incorporación a la obra colectiva.

En el caso de que la aportación sea coincidente con la obra originaria, lo que ocurre es que dicha aportación no ha sido concebida para ser incorporada en la obra enciclopédica o periódica a la cual se incorpora. No ha existido contrato de creación sino de edición, por el cual el promotor se compromete a su inserción en la obra colectiva. Aunque esté incorporada a la obra colectiva, no participará del régimen de ésta (así, p.e., en cuanto al período de duración).

En cuanto a la necesidad de que se trate de material inédito (¿no publicado?) nos parece que no es coincidente con el concepto de haber sido concebido para la obra en cuestión. Una obra preexistente puede estar inédita durante años y ser divulgada como contribución a dicha obra colectiva (p.e. una novela publicada por entregas en un diario).

En lo que sí estamos plenamente de acuerdo con este autor es en que "todo lo

Las contribuciones no concebidas para la obra colectiva suscitan una cuestión interesante: ¿Qué ocurre cuando una publicación periódica está compuesta exclusivamente por este tipo de obras? El caso es más frecuente de lo que en principio pudiera parecer si tenemos en cuenta el gran número de publicaciones científicas cuyo objeto es simplemente seleccionar los artículos que le son enviados¹⁴¹. En nuestra opinión, dichas obras no pueden ser calificadas de colectivas. Se adecúan mejor a la categoría de las obras de colección del art. 12 LPI, aunque se trate de colecciones periódicas o incluso de obras independientes (art. 9.º). En ambos casos la titularidad de la obra permanecería en manos del autor y el editor tendría únicamente derecho a insertarla en aquella concreta publicación a la que ha sido enviada. Se ha sugerido, en cambio, que es más útil que la titularidad de los trabajos publicados en revistas técnicas pertenezca al editor de dicha revista. Por ello los *copyrights* deben ser transferidos al editor para que así pueda cumplir con su papel tradicional de proteger el *copyright* en beneficio propio y de los autores¹⁴².

2.5.- El conjunto de la obra ha de ser una creación única y autónoma.

En relación con la autonomía de las obras colectivas hay una cuestión

anterior es válido sólo a efectos de apropiabilidad por el titular de la obra colectiva. No quiere decir, por tanto, que sea descartable de la obra el material *no inédito*, sino que su propiedad será del que la adquirió por su creación, y sus causahabientes sólo tendrán el derecho de inserción (art. 16 RLPI) o los expresamente cedidos (art. 43 LPI), el subrayado es nuestro.

¹⁴¹ El problema se agrava si tenemos en cuenta que, como ha señalado STEELE, frecuentemente, las contribuciones no solicitadas son aceptadas por una carta amistosa de agradecimiento al autor, pero que no especifica ningún detalle de los derechos de uso del editor ("*The Ownership of Contributions to Collective Works under the New Copyright Law*", in "*Modern Copyright Fundamentals*", dirigidos por Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington, DC, 1989, pág. 59).

¹⁴² PENICK, P. H.: "*Ownership of Copyright*", in "*Modern Copyright Fundamentals*", dirigida por Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington, DC, 1989, págs. 67 y ss. La autora propone insertar un código numérico especial en la parte inferior de la primera página de cada trabajo que incluya un canon establecido por copia. Una sociedad de gestión ("llamada *The Copyright Clearance Center*") se encargaría de administrar y devolver el dinero al editor.

de hecho que debe ser analizada con meticulosidad antes de entrar a juzgar sobre la unidad del conjunto de las aportaciones. Se trata de que por medio de la adición de aportaciones accesorias, la obra individual o la obra en colaboración no se convierten, por ello, en colectivas¹⁴³. Esto es porque en la obra colectiva *todas las aportaciones son accesorias*. Frente a éstas, las creaciones individuales o en colaboración aunque incorporen otras obras, -que serán independientes puesto que éstas ya presentan en sí mismas unidad y autonomía suficientes-, no constituyen aportaciones sino verdaderas creaciones, por tanto, *imprescindibles* respecto al todo. Se podría resumir en que en la obra colectiva no hay lugar para partes principales y accesorias pues en ella todas las contribuciones son accesorias y prescindibles¹⁴⁴.

El carácter unitario es también patente en las obras colectivas de tipo periodístico. Los materiales publicados -una noticia de agencia, un artículo, un chiste, etc.- tienen cada uno su propia entidad, pero sueltos no constituyen un número de periódico¹⁴⁵. Un ejemplar de un periódico que no contenga la

¹⁴³ En cierto modo podríamos hacer un símil con la *adjunción* del art. 378 puesto que se trata de cosas separables sin detrimento de los dueños respectivos. Así, una obra literaria que en su primera edición ha ido acompañada de unas ilustraciones, puede reeditarse con otras, o incluso sin ellas si se trata de una edición barata.

¹⁴⁴ Por ello consideramos infundados los resquemores del Grupo Minoría Catalana materializados en la enmienda núm. 310 del Congreso (B.O.C.G., 11 de Febrero de 1987) del modo siguiente: "la presencia de materiales de ilustración, documentación o apoyatura, de autoría distinta a la de una aportación fundamental, no dará pie automáticamente a la presunción de fusión de creaciones y a la calificación legal de obra colectiva", repetida ante el Senado en la núm. 101, [con la única modificación de haber sustituido el advverbio "automáticamente" por el adjetivo "automático" (que, teniendo en cuenta que está calificando al sustantivo "pie", nos coloca ante una especie de "pie ortopédico")], (B.O.C.G., 7 de septiembre de 1987). La justificaban "para impedir la posibilidad -de la que existen numerosos y escandalosos precedentes- de inclusión de materiales secundarios en las ediciones con el único fin de hurtar su autoría al creador de la aportación fundamental de una obra". En nuestra opinión estas enmiendas son innecesarias, pues la consecuencia que en ellas se trata de evitar no cae dentro del supuesto de hecho del art. 8.º. Aunque la contribución "principal" haya sido creada por iniciativa del editor -p.e. empleador- que la coordina con las accesorias, no se cumple el requisito de que no sea posible atribuir separadamente a cualquiera de los autores un derecho sobre el conjunto de la obra. Consideramos del todo innecesario que la Ley insista en la imposibilidad de beneficiarse de la calificación de obra colectiva por medio de fraude de ley. Dichas contribuciones constituyen obras independientes.

¹⁴⁵ DESANTES GUANTER, J. M.: "Los derechos de autor sobre el material publicado en prensa", RGLJ, I-VI, 1975, tomo LXX, pág. 37.

noticia más importante del día (p.e., si ya se encontraba en prensas cuando la noticia se supo) no pierde por ello su condición de obra colectiva. Esto es porque todas las aportaciones a la obra colectiva son prescindibles.

El requisito exigido por el art. 8.º de que las aportaciones han de fundirse en una *creación única y autónoma* recuerda, por una parte, a la necesidad de *resultado unitario* de la obra en colaboración; de otra, contrapone las obras colectivas a las *obras independientes* del art. 9.º2. De hecho, este artículo emplea el mismo término que aquél: creación "*autónoma*". Una obra colectiva puede incorporar, a su vez, obras independientes "aunque se publique conjuntamente con otras" (art. 9.º2) sin que por ello pierda su propia autonomía. En consecuencia, podríamos decir que de los artículos 8.º y 9.º resulta que puede haber "creaciones autónomas publicadas conjuntamente en una creación única y autónoma", dónde las primeras conservarán su régimen jurídico independientemente de la segunda.

La finalidad última de estas normas es evitar que por medio de la noción de obra colectiva sean burlados los derechos de los autores de las obras independientes¹⁴⁶. Lo dicho tiene doble efecto: de una lado, la mera yuxtaposición de obras no convierte a las mismas, por el hecho de la publicación¹⁴⁷ conjunta, en obras colectivas o en obras en colaboración¹⁴⁸; de otro, como venimos insistiendo últimamente, las obras independientes integradas en una obra colectiva no forman parte del *núcleo* de dicha obra y, por tanto, tendrán vida propia y conservarán el régimen jurídico de obras

¹⁴⁶ Como subraya RODRIGUEZ TAPIA, la diferencia es notable; si la labor del empresario fuera la mera yuxtaposición de trabajos en una publicación única, adquiriría éste, salvo pacto en contrario (art. 51), los derechos de explotación a título derivativo y por los tiempos legales supletorios (art. 43.2.2 LPI) *op. cit.* págs. 163 y 164.

¹⁴⁷ Esto es porque el único modo de adquisición de la obra intelectual, incluso en las obras colectivas, es por creación y no por la publicación.

¹⁴⁸ La calificación de obra en colaboración no supondría un fraude de los derechos de los autores sino, más bien lo contrario, el fraude de ley consistiría precisamente en que los presuntos coautores se aprovecharan de la calificación de coautoría para alargar el período de protección.

independientes.

Uno de los obstáculos para determinar qué aportaciones están sujetas al régimen de la colectividad y qué aportaciones llevarán una vida independiente dentro del conjunto una obra colectiva -esto es, incluyendo todo tipo de materiales, estén o no protegidos por el derecho de autor-, es la gran amplitud que el art. 8.º deja a la libertad de pacto. Así, es perfectamente plausible de acuerdo con el art. 43 LPI que el autor de una contribución especialmente concebida para la obra colectiva se reserve (en el contrato de creación de obra colectiva, ya sea éste un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios) todos los derechos de explotación, cediendo únicamente el derecho de inserción (art. 16 RLPI). Además, con respecto a las publicaciones periódicas la explotabilidad separada de las aportaciones ha de ser conjugada con el art 52 LPI que establece que, *"salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado"*. Pero esta misma solución parece predicable para todo tipo de obras colectivas, si bien estos problemas serán más frecuentes en obras de tipo periodístico que en aquéllas otras cuyas aportaciones ofrezcan un carácter más homogéneo.

Desde un punto de vista práctico, dentro de una obra colectiva en sentido amplio podríamos hablar de:

- 1.º) *La obra colectiva en sentido estricto*, compuesta por aquellas contribuciones especialmente concebidas para ser fundidas en ella. Es el núcleo básico de la obra colectiva, sin el cual no podría ser calificada de tal;
- 2.º) *Obras no concebidas especialmente para dicha obra pero aún en período de protección*;
- 3.º) *Otros materiales, ya sean obras en dominio público, ya otros elementos*

o datos que no constituyan objeto de autor.

Pues bien, tanto en el primer grupo como en el segundo se pueden incluir obras independientes. La obra colectiva en sentido amplio comprende todos los elementos que en ella se integran y al coordinar los unos con los otros se confiere unidad y autonomía al conjunto. Ahora bien, en sentido estricto, la obra colectiva únicamente está integrada por el primer grupo de elementos, correspondiendo sólo a estos el estatuto de las obras colectivas.

2.6.- Imposibilidad de atribuir a cada uno de los autores derechos indivisos sobre el conjunto de la obra.

En cierta medida podríamos decir que la imposibilidad de atribución separada de derechos a los creadores se encuentra a caballo entre los requisitos objetivos y el régimen legal. La no atribución de derechos indivisos deriva del hecho cierto de que sea "imposible", objetivamente, (o muy costoso desde el punto de vista de la gestión de los derechos), abstraer que los autores de las aportaciones participaron en el todo. Vémos, pues, como esta condición es, a la vez, causa y efecto: si no es posible atribuir la autoría sobre el conjunto de la obra a cada uno de los autores de las aportaciones -causa-, tampoco se les pueden otorgar derechos indivisos sobre la misma -efecto-. Sin embargo, este inciso se encuentra ubicado entre los elementos objetivos para apreciar la existencia de la obra colectiva. Es más, el párrafo segundo del art. 8.º, relativo al régimen aplicable, al admitir la posibilidad de pacto en contra, viene a desmentir la trascendencia normativa del sintagma, dejando tan sólo su valor descriptivo del supuesto de hecho.

A nuestro parecer, es erróneo identificar la imposibilidad de atribución separada de la autoría sobre el conjunto en las obras colectivas, con la indistinguibilidad de las aportaciones de la obra en colaboración. Mientras que en aquélla se hace referencia a la falta de visión de conjunto de los autores de las contribuciones -incluso cuando se trate de los autores cuya función

consiste en retocar el resultado-, en ésta, por el contrario, se alude a una colaboración tan estrecha en la creación que resulta imposible distinguir la aportación de cada uno¹⁴⁹, razón por la cual, los derechos sobre la obra pertenecen pro indiviso a todos ellos. Pensamos que quizá sea por esta razón por la que las obras musicales han sido excluidas de la aplicabilidad del régimen de las obra colectivas¹⁵⁰.

En definitiva podríamos decir que el tema se reconduce también a la accesoriedad y prescindibilidad de las contribuciones respecto al conjunto de la obra colectiva. En este sentido, se ha señalado que la existencia de la obra colectiva está condicionada a su autonomía respecto a las obras o partes de obras que la componen¹⁵¹. Como consecuencia de lo accesorio de las aportaciones, los autores de las mismas no pueden aspirar a tener derechos sobre la obra resultante. Como consecuencia de la falta de *colaboración* entre los autores sobre el conjunto de la obra, los derechos de éstos no pueden recaer sobre la obra sino sobre cada una de sus concretas aportaciones.

Esta nota de imposibilidad de atribución separada a los autores de las aportaciones derechos respecto al todo, pudiera producir cierto confusiónismo con respecto a las obras en colaboración, en las cuales también puede darse

¹⁴⁹ A esta solución llega el Tribunal de Gran Instancia del Sena, (27 févr. 1968, D. 1968.375) a propósito de un curso completo relativo a un programa de ordenador personal. Los Tribunales inferiores denegaron la calificación de obra colectiva, calificación que fue confirmada en la apelación, sobre la base de que el autor no estaba limitado a la redacción de rúbricas sino que había cooperado sucesiva e indivisiblemente a la concepción y edificación del ensamblaje de la obra, a pesar del trabajo en equipo y de la comunidad de esfuerzos. Podemos decir, pues, que en este caso, sí era posible atribuir separadamente derechos sobre el conjunto de la obra, tratándose por tanto de una obra en colaboración.

Sobre este mismo razonamiento, se ha estimado que es obra colectiva una maleta-escritorio creada por los maquettistas asalariados de una sociedad. La razón alegada fue que no era posible atribuir a cada uno de los creadores derechos indivisos sobre el conjunto de la obra (Cass. civ. 1^{er}, 17 mai 1978, D. 1978.661, notas de DESBOIS; RIDA, janv. 1979, pág. 159).

¹⁵⁰ COLOMBET, Cl.: *"Grandes principes du droit d'auteur et droits voisins dans le Monde. Approche de droit comparé"*, Ed. Litec, Paris, 1990, pág. 32.

¹⁵¹ SANCTIS, *"Ancora in tema di diritti sull'opera collettiva"* cit., pág. 214.

una indivisión de las partes respecto al todo. Tanto las obras colectivas como las obras en colaboración admiten la escindibilidad o inescindibilidad de las contribuciones. Lo que ocurre es que mientras que en la obra colectiva la inescindibilidad es resultado de las relaciones internas entre los coautores, la inescindibilidad en las obras colectivas es consecuencia de una actuación *ab extra*, ya sea del promotor o de otro autor¹⁵².

¹⁵² Cuando se trata de obras creadas por autores asalariados resulta especialmente complicado dilucidar si la obra (creada por iniciativa del empresario) es colectiva o ha sido creada en colaboración, pues, a veces, el asalariado entrega un proyecto que será retocado por terceros en el interior de la empresa en varias ocasiones. DESBOIS, sostiene que en estos casos es imposible, o por lo menos muy trabajoso, identificar a los contribuidores sucesivos, de tal suerte que el resultado no puede ser tratado como el fruto de una colaboración. La noción de obra colectiva no se adapta, en cambio, cuando la obra de los asalariados sea divulgada tal y como fue originariamente creada, o todo lo más sin retoques sustanciales ("*Le droit de auteur...*", cit. págs. 200 y ss.). Añade el mismo autor, en otro lugar, como estaremos ante una obra en colaboración cuando varios miembros de la agencia se hallen en condiciones de probar que aportaron un trabajo creativo, pero en este caso, el círculo de obras colectivas se estrecha hasta el punto de desaparecer (Notas de DESBOIS a la sentencia de Cass. civ. 1^{ra}, 17 mai 1978, D. 1978.661, RIDA, enero 1979, pág. 159); lo cual tampoco es deseable.

3.- REGIMEN JURIDICO.

3.1.- Los contratos de creación de obra colectiva¹⁵³.

En múltiples ocasiones hemos venido haciendo referencia a los contratos de creación que han de preceder a la realización de toda obra colectiva. No se trata necesariamente de un contrato multilateral en el que de una parte interviene el editor y de otra los autores, sino de tantos contratos bilaterales como autores haya, razón por la cual tendrán vida independiente. Son precisamente estas relaciones del promotor con cada uno de los autores y no de éstos entre sí, las que excluyen la posibilidad de que se trate de una obra en colaboración¹⁵⁴.

Pues bien, el pacto al que hace referencia el final del artículo 8.º es independiente del contrato de creación, aunque por regla general, irá incorporado a éste que, a su vez, podrá formar parte bien de un contrato de trabajo, bien de uno de arrendamiento de servicios.

Por este contrato el autor se obliga a ejecutar la contribución para la obra colectiva según las instrucciones recibidas; y el promotor a coordinar y divulgar la obra¹⁵⁵ según el plan presentado a los autores, manteniendo a lo

¹⁵³ Respecto a la capacidad necesaria para celebrar este contrato ya vimos como cuando se trate de menores o incapaces deberá ser completada por sus padres o tutores, salvo lo dispuesto en el art. 44 LPI. Pero sus representantes, en tanto comprometan la facultad moral de divulgación del menor necesitan contar con el consentimiento de éste (art. 162 C.c.).

¹⁵⁴ En la obra colectiva, la contratación de los autores y la coordinación de las aportaciones son el trabajo del animador, el director de la obra. Los contratos, se toman separadamente entre el director y cada uno de los autores y no entre cada uno de ellos y los otros. Es pues esencial constatar la falta de cooperación entre los «diversos autores» que el juez ha de medir en la obra colectiva, como contraste con la obra en colaboración, (DESBOIS, "Le droit de auteur...", *cit*, pág. 203).

¹⁵⁵ Obsérvese que el promotor se obliga a publicar *la obra colectiva*, pero no a publicar cada una de las *aportaciones en concreto*, algunas de las cuales, en principio, pueden ser excluidas, aunque sigue obligado, salvo pacto en contrario, a remunerar al autor.

largo del proceso de elaboración de la obra un deber de información¹⁵⁶ para con los mismos y obligándose a pagar a los autores la remuneración convenida.

3.1.2.- La forma del contrato de creación.

Entendemos que el contrato de creación exige forma escrita. Por medio de este contrato el autor hace una cesión de las contempladas en el art. 45 de su futura aportación. Nótese que lo que el autor transmite al editor -quién adquiere de forma derivativa- es únicamente la aportación. Ello tendrá gran relevancia a los efectos de determinar quién adquiere originariamente los derechos sobre la obra colectiva global.

A nuestro juicio la estipulación que convenga la remuneración a tanto alzado también ha de ser formalizada por escrito, en virtud del carácter excepcional y taxativo de la misma; aunque señalada una cuantía total creemos que no sería necesaria la renuncia expresa a la participación proporcional.

Otra de las dudas que respecto a la forma de este contrato ha de ser traída a colación, es si dichos contratos pueden estar contenidos en un contrato de trabajo que englobe la creación de sucesivas aportaciones a obras colectivas. Esto es, si basta un contrato general de creación o si es necesaria la celebración de contratos particulares para cada obra colectiva en concreto. Por ejemplo, cuando dentro del objeto de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado esté la obligación del trabajador de crear obras (autor asalariado) y contribuciones a obras colectivas, es necesario que cada vez que dicho trabajador vaya a crear una nueva aportación para una obra colectiva, es necesario que se celebre un contrato de creación particular.

¹⁵⁶ CEDRAS, *op. y loc. cit.* últimamente.

Nos parece que la respuesta debe ser permisiva, en sentido de que por medio de un solo contrato de creación (que puede estar incorporado al contrato de trabajo) puedan obligarse las partes a la creación indefinida de contribuciones. Ahora bien, cuando se trate de una relación laboral, al régimen previsto en el art. 45 LPI habrá que superponer el art. 51 de la misma Ley¹⁵⁷.

3.1.2. Contenido del contrato de creación de obra colectiva.

Como contenido mínimo, el contrato de creación deberá expresar:

En primer lugar, la forma de remuneración al autor conforme a lo dispuesto en el artículo 46. Esto es, porque conforme a dicho artículo, los autores de aportaciones de obras colectivas podrán estipular ya la participación proporcional, ya la remuneración a tanto alzado, (para las publicaciones periódicas la remuneración a tanto alzado también aparece prevista en el artículo 52 *in fine*).

En segundo lugar, el contrato habrá de contener el plazo en el que el autor debe entregar su aportación al editor. Este plazo podrá estar determinado de modo genérico para aquellos contratos de colaboración habitual en las publicaciones periódicas¹⁵⁸.

En tercer lugar deben figurar tanto las especificaciones requeridas al autor para su aportación, como aquéllas previstas para el conjunto de la obra

¹⁵⁷ En cuanto a la forma exigida por la legislación laboral, véase el art. 8.º ET.

¹⁵⁸ En determinados casos la entrega de las contribuciones estará sometida a término esencial, esto es, sólo cabe el cumplimiento puntual o el incumplimiento. Entendemos que no es necesario que aparezca en el contrato, pudiéndose deducir de la naturaleza del mismo. De la misma manera que el Tribunal Supremo ha considerado, p. e., sometido a término esencial el contrato de ejecución de un traje de novia, podemos considerar que está sometido a término esencial, v. gr., la entrega del original de un artículo periodístico refutándose el incumplimiento el cumplimiento tardío, cuando el resto de la obra está en prensas, o una contribución a una obra colectiva editada como centenario de algún evento histórico.

colectiva que podrán ser exigidas al coordinador por el propio autor¹⁵⁹.

En cuarto lugar, creemos que también es conveniente que conste si, con independencia del derecho del autor a percibir la remuneración correspondiente, el promotor está obligado a incluir la contribución en la obra colectiva o queda al criterio del coordinador. El derecho del promotor a no incluir todas las aportaciones de los autores parece deducirse *a sensu contrario* del párrafo segundo del artículo 52, y en nuestra opinión puede aplicarse analógicamente a todas las demás obras colectivas. Dicho precepto preve, para el caso de las obras reproducidas en publicaciones periódicas, la libre disposición de las obras que no hayan sido reproducidas en ciertos plazos, salvo pacto en contrario¹⁶⁰. El precitado artículo es de régimen supletorio puesto que admite pacto en contra.

Con respecto a la totalidad de las obras colectivas, la facultad de rechazar las aportaciones encargadas parece también derivar de la actividad de coordinación del promotor. Pero entendemos que, de igual modo que en el artículo 52, cabe pacto en contrario. Pero, en todo caso, el promotor tiene la obligación de remunerar al autor, puesto que éste ha cumplido su prestación con la creación de la aportación, aunque entendemos que también cabe pacto en contra.

En el "contrato de creación", previo a la elaboración de la obra

¹⁵⁹ Ya vimos cómo esta obligación de información del promotor a los autores de las aportaciones sobre las líneas maestras de la futura obra le vincula de tal forma que puede dar lugar a la nulidad del contrato por haber sido causa de vicio del consentimiento (CEDRAS, *op. cit.* pág. 15).

¹⁶⁰ Artículo que únicamente es aplicable a aquellos supuestos en los que no media una relación laboral (TORRES LANA, J. A.: "*Comentario al artículo 52*", en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*", cit. pág. 814), en cuanto a la libre utilización por parte del autor, entendemos; pues también parece lógico que la empresa periodística no esté obligada a publicar cualquier aportación de sus autores asalariados.

colectiva, suele estar determinada la calificación de la obra¹⁶¹. En nuestra opinión dicha calificación tendrá una fuerza claudicante, y estará condicionada a que el modo de elaboración final de la misma se corresponda con la calificación que previamente se dió en el contrato. Así, si luego resultare que la obra había sido elaborada en régimen de colaboración o de autoría individual, la calificación dada en el contrato de creación se tendría por no puesta. Primeramente, habría que ver a qué tipo de ineficacia o invalidez estaba sujeto tal contrato de creación.

En principio, se podría considerar que los contratos de creación de obra colectiva están sometidos a la condición suspensiva de que la futura obra sea, efectivamente, una obra colectiva. Pero no podemos hablar de condición puesto que aquí la exigencia de que se trate de una verdadera obra colectiva no constituye un elemento accidental del negocio y, por tanto, al arbitrio de las partes, sino que consiste en una exigencia legal. Es un presupuesto requerido por la ley, una *conditio iuris*.

La cuestión entonces debatida es si, faltando el presupuesto legal, estamos en presencia de un supuesto de nulidad absoluta o relativa. En nuestra opinión, se trata de nulidad radical o de pleno derecho. A su favor tenemos que la calificación de la obra parece un caso de *orden público*. El art. 5.º2. LPI excepciona la adquisición originaria plena del autor sólo en los casos expresamente previstos en la Ley, entre ellos, el supuesto de las obras colectivas. Además, lo que en definitiva se discute es el reconocimiento de la condición de autor, facultad moral irrenunciable e inalienable, y por tanto, la subsanación por parte del autor sería contraria al art. 14¹⁶². Una

¹⁶¹ CEDRAS añade que aunque la discusión sobre el contrato queda al arbitrio de las partes, la vía liberal escogida por el legislador parece discutible ya que no existe una igualdad entre las partes contratantes. Los creadores estarán en situación de incuestionable inferioridad (*op. cit.*, págs. 3 y ss.).

¹⁶² Respecto al nacimiento de los derechos morales se ha observado que el derecho moral de autor preexiste a la creación de la obra; siendo previo a la creación, no podrá, sin embargo, ser ejercido o invocado más que con respecto a una obra, al menos, parcialmente

consecuencia práctica importante es que la acción para hacerla valer puede ejercitarse en cualquier tiempo, sin que prescriba ni caduque¹⁶³.

Siendo el contrato nulo de pleno derecho, la calificación errónea no supondría, sin más, la directa aplicación del régimen del autor asalariado o del de arrendamiento de obra o servicios, yuxtapuesto, en su caso, el régimen de la obra en colaboración.

En el caso de que se trate de obras hechas "por encargo", el contrato de arrendamiento de obra será también nulo. Además de existencia de error en el consentimiento que afecta a la sustancia de la cosa, existe falta de objeto cierto, ya que el contrato originario tenía por objeto la creación de una mera aportación para formar parte de una obra colectiva y no la creación de una obra intelectual en sí misma considerada.

Teniendo en cuenta la gravedad de la sanción, la prueba de que no se trata de una verdadera obra colectiva será exigida con rigor, no bastando la mera contribución más destacada de uno de los autores para considerar que hubo colaboración¹⁶⁴. En el marco salarial, la doctrina no es hostil a la aplicación de la noción de obra colectiva, en cuanto que los proyectos remitidos por los asalariados son, frecuentemente, modificados por terceros

realizada o materializada. Por esta razón parece que se puede enunciar que el derecho moral coexiste con la creación, DERIEUX, E.: "*Oeuvre de Commande liberté de création et droit moral d'auteur*", RIDA, núm. 141 (1989), pág. 229. No parece, por tanto, posible que tras la verificación de que no se trata de una auténtica obra colectiva el autor renuncie a su autoría mediante la subsanación del contrato.

¹⁶³ La imprescriptibilidad en tema de calificación de obras parece ser la norma. Véase el *affaire Ricardo Guino v. herederos de Augusto Renoir*, cit. *supra*.

¹⁶⁴ Así ocurrió en el *arrêt des "Glénans"*, donde Harle, el director de la obra a quien le había sido encargada la coordinación de los esfuerzos, invocaba la calificación de obra en colaboración para así poder beneficiarse como coautor de la remuneración proporcional en la segunda edición de la obra. El Tribunal estimó que se trataba de una obra colectiva.

en el interior de la empresa¹⁶⁵.

Por el contrario, si se trata de un "autor asalariado", difícilmente se puede considerar nulo el contrato de trabajo únicamente porque un determinado encargo que preveía la creación de una contribución a una obra colectiva resulta finalmente ser la aportación a otro tipo de obra o que constituya una obra en sí misma. En nuestra opinión, si por el contrato de trabajo el autor se comprometía, únicamente, a crear aportaciones para obras colectivas, y el autor crea una obra en colaboración o una obra individual, habrá que considerar que dicha obra fue creada fuera del marco de la relación laboral. El tema se complica por el hecho de que será muy infrecuente que tratándose de relaciones laborales, las partes firmen contratos de creación para cada una de las obras colectivas a realizar (piénsese en la redacción de un periódico en la cual habría que renovar diariamente dichos contratos).

La obra así creada no será colectiva sino obra en colaboración o individual y, por tanto, el empresario adquiere los derechos de forma derivada. La pregunta crucial será si se produce la adquisición *ipso iure* de derechos por el empleador. Habrá de interpretarse de forma restringida de acuerdo con las actividades habituales del empresario (art. 51); pero también habrá de tenerse muy en cuenta el alcance de las obligaciones del autor en virtud de dicha relación laboral.

El art. 51 únicamente hace referencia a la cesión de los derechos de explotación de la obra *creada en virtud de una relación laboral*, sin determinar los criterios para distinguir cuándo estamos ante una obra creada en el marco

¹⁶⁵ En este sentido, COLOMBET (*op. cit.*, págs. 91) señala que la jurisprudencia francesa, en cambio, no parece apenas favorable a la aplicación extensiva de dicha noción. No obstante, la Corte de casación ha aplicado la noción de obra colectiva a modelos de vestidos considerados como creación común de los asalariados agrupados en una agencia de estilo (Cass. crim., 1^{er} mars 1977, D. 1978.223, notas de PLAISANT; Bull. crim., n.º 81, pág. 193). En definitiva, habrá que estar a cómo haya sido elaborada efectivamente la obra y si presenta los requisitos externos para apreciar la noción de obra colectiva.

de una relación laboral y cuándo ante una creación libre. Para evitar conflictos creemos que el contrato de trabajo debería contener detalladamente y por escrito las obligaciones del autor asalariado, no siendo admisibles las obligaciones de tipo genérico capaces de englobar cualquier creación del ingenio. El mismo art. 51 podría contener dicha exigencia en términos análogos a los previstos en el art. 45 -ante el incumplimiento de la forma escrita que el autor pueda optar por la resolución del contrato.

Incluso cuando se trate de una obra individual o en colaboración hecha en el marco de la relación laboral, salvo pacto en contrario, el empresario adquirirá los derechos de explotación sobre dicha obra en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual (art. 51 LPI) en el momento de la entrega. Por tanto, cuando se trata de autores asalariados que crean obras en cumplimiento de sus obligaciones laborales, la no calificación como obra colectiva únicamente les favorece en cuanto a la explotación de aquellos derechos de explotación que excedan de la actividad habitual del empresario. Por su parte, el empresario también puede beneficiarse de un eventual alargamiento del período de protección.

En el caso de que, según su contrato de trabajo¹⁶⁶, no estuviera obligado a crear obras como la realizada, en términos generales habrá que considerar que dicha obra ha sido ejecutada fuera del marco de la relación laboral y, por tanto, será de libre utilización por el autor asalariado¹⁶⁷.

Sin embargo, cuando nos encontremos ante un caso situado en la zona de intersección entre las obras colectivas y las obras en colaboración (un trabajo realizado por la iniciativa y bajo la dirección del empresario pero

¹⁶⁶ BARTA sostiene que no sólo hay que analizar el contrato de trabajo del autor en concreto, sino también las disposiciones contenidas en los convenios colectivos, relativas a los grupos particulares de trabajadores a los que los autores pertenezcan (*op. cit.* pág. 103).

¹⁶⁷ Será muy importante que se aprecie buena fe por parte del autor asalariado, buena fe que -consideramos- habrá de ser valorada dentro de los límites de la competencia desleal.

materialmente ejecutado por un grupo concreto de autores asalariados) se ha apuntado como solución más práctica calificar la obra de colectiva¹⁶⁸.

3.2.- Régimen dispositivo.

Si el primer párrafo del art. 8.º se ocupa de describir el supuesto de hecho de las obras colectivas, el segundo establece las consecuencias jurídicas de la misma. La salvedad que presentan estas obras es que la aplicación de su régimen jurídico queda supeditada a la falta de pacto en contrario. No obstante, hay ciertos aspectos que no son disponibles por las partes.

Como ya ha quedado expresado en otras ocasiones, y al igual que que ocurre con las demás obras complejas, es indisponible la calificación de obra colectiva en su doble aspecto: no puede ser calificada de obra colectiva la obra en colaboración o la obra individual, (lo cual supondría un fraude a los legítimos derechos de los autores), ni tampoco podrá ser calificada de obra en colaboración la obra colectiva a efectos de alargar el período de protección establecido en el artículo 28.2 LPI¹⁶⁹. Pero, verdaderamente, esto último no

¹⁶⁸ En este sentido, PLAISANT observa como en el caso de obras realizadas por autores asalariados los conceptos de derecho laboral prevalecen claramente sobre aquéllos otros del derecho de autor. Esta tendencia es comprensible. El empleado realiza una obra bajo las instrucciones de su empleador o de un empleado de mayor antigüedad del último. Dependiendo de cuán detalladas sean las instrucciones, puede haber colaboración. Son imaginables las dificultades que pueden surgir con esta calificación, cuánto más, cuando la mayoría de las obras en cuestión son a menudo trabajos menores que padecen numerosos y sucesivos ajustes. Para ilustrar lo anterior hace una analogía con las obras cinematográficas: Bajo el sistema del *droit d'auteur*, el legislador ha tenido que cuidarse de otorgar derechos suficientes al productor que le permitan la explotación de la película. En conclusión, desde un aspecto práctico, no se puede multiplicar el número de propietarios de los derechos sin crear complicaciones que se convierten en inescrutables (*"The Employee-Author ..."* cit., pág. 278). Por nuestra parte, consideramos que esta solución únicamente será válida en supuestos dudosos, y nunca en aquellos casos en los que la obra sea el resultado del trabajo exclusivo de un único autor asalariado, aunque haya sido realizada por la iniciativa y bajo la supervisión del empleador.

¹⁶⁹ Sin embargo, parece improbable que calificada una obra colectiva como obra en colaboración dicha noción sea impugnada por la Abogacía del Estado; en cuanto al promotor de la obra, una vez pactado el régimen de colaboración no creemos que pueda ir contra sus propios actos. En cambio, es perfectamente plausible que como consecuencia del pacto, los

es consecuencia de la imposibilidad de pactar contrariamente a lo dispuesto de modo supletorio en la norma, sino que se debe a no caer dentro del supuesto de hecho descrito por ella; por tanto, la libertad de pacto no puede entrar en juego. Esto es, cuando se trate de una verdadera obra colectiva, en base a la libertad de pacto prevista en el art. 8.º II LPI, se podría pactar que los derechos sobre la misma correspondan al promotor y a los autores en los mismos términos que si se tratara de una obra en colaboración. Pero esto no convierte a dicha obra colectiva en una obra en coautoría. Por eso, el período de explotación será el previsto en el art. 28.2 para las obras colectivas y no el del art. 28.1 para las obras en colaboración.

En cuanto a la exigencia de pacto formal tenemos serias dudas. En principio, parece que el pacto al que hace referencia el art. 8.º2 es *formal* y ha de celebrarse necesariamente por escrito¹⁷⁰, pudiendo el autor, en caso contrario, optar por la resolución del contrato (art. 45 LPI). Pero aquí la exigencia de pacto escrito parece que juega en contra del autor. En primer lugar, el régimen supletorio implica la adquisición originaria por el editor de derechos sobre el conjunto de la obra colectiva; por tanto, las trabas al pacto en contrario no garantizan los derechos del autor, finalidad perseguida por el art. 45¹⁷¹. En segundo lugar, tratándose de una obra futura (la creación de una obra colectiva), la resolución del contrato deja al autor sin la posibilidad de realizar el encargo o el trabajo. Finalmente, el artículo 45 está pensando en la *cesión hecha por el autor a un tercero cesionario* y, en base a que en la obra colectiva, -no sobre cada una de las aportaciones-, la adquisición originaria parece verificarse en cabeza del editor, no podemos hablar aquí de

derechos sobre la obra colectiva correspondan a todos los autores en los términos del art. 7.º LPI, esto es, que les correspondan pro indiviso, pero por el período de duración previsto para las obras colectivas.

¹⁷⁰ En este sentido se decanta RODRIGUEZ TAPIA aunque no sin mostrar ciertas dudas.

¹⁷¹ Que la intención del legislador con el conjunto de reglas contenidas en el Capítulo primero del Título V es beneficiar al autor se deduce de la dicción del art. 55 y por ello las ha considerado de Derecho necesario e irrenunciables.

cesión de derechos por parte del autor, pues sólo por medio del pacto el autor podría adquirir originariamente los derechos sobre el conjunto de la obra.

Hemos creído más oportuno anteponer el estudio del régimen legal al convenido por las partes, precisamente, en base a estos aspectos que no son disponibles por las mismas, lo cual nos servirá de ayuda en el estudio de aquél para el entendimiento de éste.

3.2.1.- Derechos sobre el conjunto de la obra colectiva.

Nos parece que la mejor forma de estudiar los derechos que recaen sobre una obra colectiva es distinguiendo, de una parte, aquellos sobre la totalidad de la obra y, de otra, los que recaen sobre cada una de las aportaciones, subdividiendo, a su vez, estos apartados según se trate de los derechos ostentados por el editor, de aquéllos otros que mantienen los autores.

3.2.1.1.- Derechos del promotor sobre la totalidad de la obra.

3.2.1.1.1.- Adquisición *ab initio* de la titularidad por el promotor y posibilidad de pacto en contrario.

"Salvo pacto en contrario -dispone el art. 8.º-, los derechos sobre la obra corresponden a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre". Supone, por tanto, el traspaso de los derechos de los autores de las contribuciones a favor del editor, ya sea éste persona física o jurídica. Como dijimos al comienzo, ha sido esta falta de atribución a los autores (derogación del principio de la autoría, junto con el cercenamiento de sus derechos morales) y la consiguiente atribución de los derechos a otra persona, incluso jurídica, lo que ha levantado muchos detractores contra las obras colectivas.

Según el supuesto de hecho descrito en el art. 8.º, que considera obra colectiva a la *creada* por iniciativa y bajo la coordinación de una persona

natural o jurídica que la edita y divulga, parece que la creación de la misma responde más a la actividad de iniciación y coordinación que a la propia autoría de las contribuciones aisladas, las cuales pierden la visión de conjunto sobre la obra realizada. Recordemos lo ya dicho sobre cómo la actividad de iniciativa y coordinación se verificaba en nombre y representación del editor.

En la obra colectiva los creadores pierden, si no media pacto, los derechos sobre el conjunto de su obra, que la ley atribuye "*a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre*". Por consiguiente, ni siquiera demostrando entre todos los autores el hecho de haber elaborado la totalidad de la obra, podrían reclamar el conjunto de ellos la titularidad de la misma¹⁷².

Se ha dicho que el promotor adquiere todos los derechos *ab initio*¹⁷³, pues es el único titular de derechos de autor sobre el conjunto¹⁷⁴. Gracias a ello, la explotación de la misma puede responder a una política unitaria, dirigida por una autoridad única y estable. Así se evita que cada creador pueda ejercer su derecho moral de modo inconciliable con el interés común¹⁷⁵. Pero hemos de tener bien presente que lo que adquiere originariamente el editor serían los derechos sobre el conjunto de la obra, y no sobre cada una de sus aportaciones, derechos estos últimos que, únicamente, parece adquirirlos a título derivativo.

Es digno de reseñar que el legislador español no ha traducido en este punto literalmente a su homólogo francés, sino que se ha permitido una

¹⁷² LACRUZ BERDEJO, "*Elementos de Derecho civil*", tomo III, Vol. 1.º, 3.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 494.

¹⁷³ En este sentido, se ha señalado que la LPI, como única *excepción* al principio de que sólo son autores las personas naturales (art. 5.º1 y 2), reconoce y regula la denominada *obra colectiva*, de la que pueden ser titulares originarios tanto las personas de dicha clase como las jurídicas (DELGADO PORRAS, "*Panorámica...*" cit., pág. 53.).

¹⁷⁴ BEREMBOOM, *op. cit.* pág. 146.

¹⁷⁵ CEDRAS, *op. cit.*, pág. 31.



licencia: el art. 13 de la Ley francesa de 11 de marzo de 1957 dispone que "la obra colectiva será, salvo *prueba* en contrario, propiedad de la persona natural o jurídica bajo cuyo nombre aparezca divulgada", frente a nuestro art. 8.º que exige *pacto* en contrario¹⁷⁶.

El precepto francés parece revertir a la obra en colaboración y la prueba en contrario consistirá, simplemente, en una recalificación de la obra¹⁷⁷, pues está haciendo referencia al supuesto de hecho y no a sus consecuencias jurídicas. La calificación de obra colectiva estará en situación de pendencia respecto a la posterior determinación de los autores.

Esta diferencia ha sido considerada suficiente para comprobar un sentido diverso de la atribución del derecho de autor a la persona que edita y divulga bajo su nombre la obra colectiva¹⁷⁸.

La referencia al pacto confunde acerca de quién adquiere originariamente los derechos, puesto que parece como si la propiedad

¹⁷⁶ En contra, SANCTIS, al señalar con respecto al art. 38 de la Ley italiana que el editor solamente adquiere los derechos de utilización económica y que tal titularidad *ex lege* no es a título originario ("*Ancora in tema di diritti sull'opera collettiva*" cit., pág. 217).

¹⁷⁷ Esta noción del legislador francés entronca con el curso de sus trabajos en la Comisión de la propiedad intelectual, en los cuales la obra colectiva se veía como una suerte de obra anónima en la que resultaba imposible identificar a los autores (COLOMBET, "*Propriété...*" cit. pág. 89). En estos casos, la persona jurídica estaría legitimada para ejercitar los derechos de autor mientras no se pruebe quién es el autor (como ocurre con los editores de obras anónimas). Vid. también PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "*Comentarios al Código civil...*" cit., pág. 752.

¹⁷⁸ MIQUEL GONZALEZ, "*Comentario al artículo 7.º*", cit. pág. 119. Señala allí como sobre la base de que no es admisible que mediante el pacto se atribuya el derecho de autor a cualquiera, sino sólo a quienes efectivamente han contribuido en la creación; y considera que recobra su aplicación la disciplina de la obra en colaboración que tiene carácter atrayente respecto a la obra colectiva. Por nuestra parte, consideramos que, si bien el pacto no puede atribuir la titularidad a terceros ajenos a la creación, sería perfectamente admisible cualquier pacto contrario a la atribución exclusiva de derechos al editor, admitiéndose tanto la atribución de derechos únicamente al coordinador no editor, excluyendo a los autores de las aportaciones, como la titularidad compartida entre los autores y el editor (o, únicamente, algunos de los autores, dejando a otros fuera), incluso, como ya hemos dicho en alguna otra ocasión, atribuir los derechos sobre la obra colectiva tal y como hubieran resultado de la colaboración, aunque no parece que tenga mucho sentido un pacto de este tipo.

intelectual sobre las obras colectivas se adquiriera por medio de pacto y no por la creación. No en vano en el elenco de las obras complejas, la mención al pacto en contra sólo aparece a propósito de las obras colectivas.

Por ello se ha advertido que se trata de un pacto de *atribución* y que constituirá título bastante para demostrar la atribución de propiedad, con el valor de confesión privada irrecurrible por las partes, salvo error en la calificación¹⁷⁹ o, podríamos añadir, por vicio del consentimiento.

En definitiva, según el régimen supletorio establecido en el art. 8.º, el editor adquiere *ab initio* los derechos de propiedad intelectual sobre la obra colectiva con todas las consecuencias de índole económica (p.e. la pérdida del derecho a la participación proporcional de los autores) y moral que conlleva.

3.2.1.1.2.- Enumeración y descripción de los derechos del promotor.

Como consecuencia de la adquisición originaria del derecho de propiedad intelectual por el editor, a éste le corresponden una serie de derechos, muchos de los cuales no podrían ser adquiridos por vía derivativa. Nos referimos especialmente a las facultades morales, puesto que se trata de derechos irrenunciables. Ahora bien, como se ha señalado, no se puede hablar de un derecho moral de la empresa sino que a ésta le corresponderán únicamente *manifestaciones concretas* como el derecho a la paternidad, o a la modificación, pero no el derecho de retirada del comercio¹⁸⁰. Veamos ahora pormenorizadamente cada uno de estos derechos:

a) *Facultad del promotor a decidir si la obra colectiva ha de ser divulgada y*

¹⁷⁹ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pág. 161.

¹⁸⁰ OLIVEIRA ASCENSAO, "Derecho de Autor, Obra Colectiva..." *cit.*

en qué forma¹⁸¹. - Con respecto a las obras colectivas, en principio, el derecho al inédito parece difícil de concebir puesto que toda la elaboración de la obra ha sido proyectada con miras a su posterior explotación. Sobre todo teniendo en cuenta que dicho derecho recae en el editor, que como empresario quiere ver publicada la obra con miras a recobrar el capital invertido. En principio, el derecho al inédito parece inspirado en motivos netamente personales que casan mal con el ánimo de lucro que razonablemente ha de perseguir el empresario.

A favor del reconocimiento de este derecho en cabeza del editor sobre las obras colectivas, tenemos que la publicación de la obra pone en juego la reputación del autor¹⁸²; en este caso, la reputación de la persona que la edita o publica bajo su nombre¹⁸³. Además pueden concurrir circunstancias de índole social o económica que aconsejen el aplazamiento *sine die* de la divulgación de la obra colectiva. En definitiva, el derecho patrimonial que pertenece al promotor no es otra cosa que el ejercicio de ésta facultad moral de divulgación, que también le corresponde.

Al tratarse de un derecho de los contemplados en el artículo 14, es irrenunciable e inalienable y, en consecuencia, resulta también inembargable, pues además, los acreedores no pueden ejercitar los derechos que sean inherentes a la persona del deudor¹⁸⁴.

¹⁸¹ Superados los reparos doctrinales vistos al comienzo del capítulo acerca de si la obra colectiva ha de ser obra publicada, nos limitaremos ahora a la divulgación en su manifestación de derecho moral y no como hecho; esto es, al derecho al inédito en su acepción de derecho subjetivo, como facultad predicable del sujeto, frente a la obra inédita que es el objeto de ese derecho, ALVAREZ ROMERO, "*Significado...*", *cit.* pág. 87.

¹⁸² *Ibidem*, pág. 77.

¹⁸³ Ha señalado CEDRAS como el derecho de divulgación, al igual que los derechos de rectificación y de retracto, en principio, sólo los puede ejercitar el promotor, puesto que su ejercicio no es muy sencillo y resultan demasiado costosos de ejercitar una vez difundida la obra (*op. cit.* pág. 59).

¹⁸⁴ PEREZ SERRANO, N.: "*El derecho moral de los autores*", ADC, 1942, pág. 17.

Pero el ejercicio de este derecho en la obra colectiva por el editor no puede ser equiparado sin más a la facultad moral que ejercitan los autores sobre las demás obras. En la obra colectiva, mediante los contratos de creación, el promotor se ha obligado a coordinar y divulgar la obra según el plan presentado a los autores.

El ejercicio del derecho moral aparece limitado por los vínculos contractuales. En cierto modo, esta necesidad de compaginar las "*presuntas facultades morales*" del promotor con los derechos contractuales de los autores, nos recuerda a la situación que se da cuando en el seno de la obra en colaboración no hay unanimidad a la hora de divulgar: han de ser compaginados los legítimos intereses de las partes encontradas. Pero a diferencia de las obras en colaboración, al no colisionar dos derechos de igual rango, sino uno moral y otro contractual, parece que éste último ha de ser sometido¹⁸⁵, dando lugar únicamente a la acción de indemnización por daños y perjuicios¹⁸⁶. En cuanto a las pautas que ha de seguir el Juez para apreciar si procede dicha indemnización y la cuantía de la misma, creemos que han de ser las vistas en las obras en colaboración (fundamentalmente si hay abuso de derecho en el ejercicio de la facultad moral).

Si el aspecto negativo del derecho se manifiesta a través del derecho al inédito, su manifestación positiva constituye el derecho de publicación o divulgación. El ejercicio del derecho de publicación por el autor supone la

¹⁸⁵ Lo paradójico es que aquí quién ostenta los derechos morales es el promotor, frente a los autores que como titulares de unos derechos de crédito, ostentan derechos patrimoniales.

¹⁸⁶ A este respecto señala RODRIGUEZ TAPIA que los acreedores cuyo objeto es precisamente la explotación de la obra que el autor se resiste a divulgar podrán satisfacer su crédito embargando los productos económicos de obras ya divulgadas, pero nunca podrán divulgar una obra inédita ("*Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987*", A.D.C., 1988, pág. 286). Concretamente, respecto al derecho al inédito del promotor sobre la obra colectiva, este autor observa que el ejercicio del derecho moral será admisible -es irrenunciable-, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales que de ello deriven "*Comentario...*", cit. pág. 165.

extinción del derecho de inédito¹⁸⁷.

Ahora bien, aunque el editor de la obra colectiva pueda divulgar la obra en cualquier forma, siendo cada una de ellas independientes entre sí¹⁸⁸, contractualmente está obligado a hacerlo en aquella prevista en el plan presentado a los autores cuando celebraron los contratos de creación. A falta de mención específica de la forma de divulgación, habrá de entenderse que el editor está obligado a divulgarla en la forma adecuada a la naturaleza de la obra de que se trate. Por ejemplo, tratándose de una obra enciclopédica no sería suficiente su lectura pública, sino que los autores podrían exigir su publicación en los términos del art. 4.º.

Cumplida la divulgación en la forma prevista o en aquella que derive de la naturaleza de la obra, corresponde únicamente al promotor determinar los extremos de la misma así como el derecho a decidir sobre la oportunidad de la explotación de la obra en otras formas.

A nuestro juicio, corresponde al promotor como consecuencia de su función de coordinador el decidir en qué momento estaría terminada la obra colectiva, así como también la elección del título¹⁸⁹ bajo el cual ha de ser publicada. Quedarían a salvo las limitaciones temporales establecidas por vía contractual que figuren en los contratos de creación. Además siempre estaría

¹⁸⁷ ALVAREZ ROMERO, "*Significado...*", pág. 101.

¹⁸⁸ Cuando una obra sea susceptible de varias formas de publicación, la autorización de una determinada de ellas no lleva implícito el consentimiento de las restantes, *ibidem*, pág. 105. Vid. también el art. 23 LPI.

¹⁸⁹ Parece indiferente que la concepción material del título haya sido debida al editor mismo o a uno de los autores, habida cuenta de que la verdadera originalidad de un título como creación intelectual es muy remota (sobre el particular véase BERCOVITZ, "*Comentario al art. 10*" cit., págs. 243 y ss., dónde señala cómo los títulos encuentran su verdadera protección a través del derecho de competencia), admitiría una cesión total, pues no estaría sujeta a las limitaciones impuestas por el derecho de autor. En definitiva, el título, salvo que presente una originalidad tal que constituya una obra en sí misma, no se distingue del nombre comercial de un producto, en este caso, la obra intelectual.

abierta la vía judicial, de manera que sólo por razones muy justificadas se podría anticipar o posponer la publicación.

b) Paternidad sobre la obra colectiva.- La facultad del promotor a que le sea reconocida su paternidad sobre la obra, es evidente en base a los propios términos del art. 8.º al expresar que "*la persona que la edite y divulgue bajo su nombre*".

El editor tiene derecho a exigir el reconocimiento de su cualidad de promotor respecto a la totalidad de la obra colectiva, sin perjuicio de los derechos particulares de los autores de las aportaciones sobre la paternidad de las mismas.

Una manifestación de la doble paternidad de las obras colectivas se pone de manifiesto en el *derecho de cita*, el cual para ser lícito exige que conste *la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada* (art. 32). Con el término "fuente" creemos que no se hace referencia exclusivamente a la obra-aportación del autor a la que pertenece el fragmento, sino que ha de ser entendido en un sentido lato que permita exigir, para que la cita sea lícita, la indicación de la obra colectiva que la contiene. La referencia a la obra colectiva tiene especial relevancia en el caso de las revistas de prensa (art. 32 *in fine*).

El derecho al reconocimiento de su condición de promotor corresponde al editor, incluso, después de enajenar los derechos de explotación sobre la obra colectiva. Aunque un nuevo cesionario se encargara de la edición, no podría por este solo título adjudicarse la labor de promoción y coordinación.

No resulta, sin embargo, tan evidente que el editor tenga derecho a

figurar *bajo seudónimo o signo, o anónimamente*¹⁹⁰. Aparte de no existir una identidad de motivos para la modestia del promotor, parece que el ejercicio de tal derecho no podría ser efectivo. El recurso del legislador para proteger la identidad del autor que se ampara en el anonimato o en el pseudónimo es el legitimar al divulgador para el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (art. 6.º 2)¹⁹¹. Como quiera que editor y divulgador coinciden en una misma persona carece de sentido el ejercicio del referido derecho.

c) *Derechos al respeto a la integridad de la obra, a modificarla y al acceso al ejemplar único o raro de la obra.*- No parece que haya ninguna objeción a que dichos derechos correspondan al editor de la obra colectiva. Estos derechos han de ser entendidos, sin perjuicio de los correspondientes derechos que corresponden a los autores de las aportaciones. Al igual que ocurría con el derecho a exigir el reconocimiento de la paternidad, los derechos a la integridad sobre la obra del editor y de los autores son concurrentes¹⁹², de dónde deriva una doble legitimación activa del editor y de los autores en los

¹⁹⁰ Sobre el derecho a decidir el nombre bajo el que se publica se ha dicho que adquiere la naturaleza de *conditio iuris*, pues sólo si decide publicarla bajo su nombre, podemos hablar de obra colectiva; nombre que puede ser civil o comercial (RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario..." cit., pág. 166).

¹⁹¹ CARRASCO PERERA observa como la legitimación del divulgador es un recurso técnico de *protección del derecho moral* del artículo 14.2, derecho que dejaría de ser eficaz si el autor tuviera que salir a la luz para ejercer sus derechos ("Comentario al artículo 6.º", en "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" cit., pág. 112. El subrayado es suyo).

¹⁹² Esta doble legitimación contra las agresiones a la obra colectiva ha sido puesta de manifiesto en el famoso caso *Microfor*. La sociedad canadiense Microfor sostenía que puesto que su índice contenía artículos individualizados del diario *Le Monde*, únicamente los periodistas autores podían reclamar por infracción, y que la empresa editorial no estaba legitimada para accionar. En todas las instancias fue desestimada la argumentación de Microfor. En palabras de la Court d'appel (4.ª Chambre), 20 février 1980, el derecho sobre la obra colectiva es independiente de los derechos de los periodistas sobre sus artículos. *Le Monde* no tiene que justificar tener un mandato o una cesión de los periodistas. Por su parte, la Cour Suprême, 30 octobre 1987, reconoce a la sociedad de prensa en principio un derecho a estar protegida contra los actos de terceros, aunque esos actos no le hagan la competencia. Sin embargo, los Jueces se abstienen de calificar tal derecho como derecho de autor. Resulta de interés para considerar las cinco decisiones judiciales del *affaire Microfor*. KEREVER, A.: "Les arrêts microfor", RIDA, núm. 137 (1988), págs. 17 y ss. Una de las cuestiones principales que en ellas se trata es la noción de las obras colectivas.

términos del art. 123 LPI¹⁹³.

Especial trascendencia práctica tendrá el derecho a modificar la obra, sobre todo, para el caso de las reediciones y revisiones de la misma. Por esta facilidad a la hora de la modificación se manifiesta, una vez más, la necesidad de que estas obras sigan un régimen distinto que las obras en colaboración, pues de seguir el régimen de éstas últimas, las actualizaciones de la misma serían prácticamente imposibles. En cuanto al supuesto de acceso al ejemplar único raro, aunque infrecuente, no es imposible.

d) *Facultad de retirada de la obra colectiva del comercio.*- Esta facultad parece haber sido concebida especialmente pensando en el autor persona natural, como requisito para el ejercicio de la facultad de arrepentimiento, (el art. 14. 6.º exige "*un cambio de sus convicciones intelectuales o morales*"). Dicho cambio resulta inadmisibles respecto a las personas jurídicas pero tampoco parece predicable respecto del empresario persona natural¹⁹⁴.

e) *Derecho a dirigir los destinos económicos de la obra.*- Como consecuencia de la adquisición originaria del derecho de propiedad intelectual y de la atribución que le hace el art. 8.º *in fine*, corresponden plenamente al editor todas las decisiones relativas a la explotación de la obra, incluyendo todas las modalidades de explotación, incluso aquéllas inexistentes o desconocidas al

¹⁹³ MARIOTTI llama la atención sobre cómo, en la legislación italiana, el legitimado ante tales violaciones de los derechos morales es, generalmente, el director [se está refiriendo a las publicaciones periódicas] de la obra colectiva, en lugar de editor. Ello es esencialmente debido -añade- a la errónea y criticada concepción por la cual la Ley italiana reserva el derecho moral al director de la obra colectiva; pero el verdadero problema sería, si acaso, de atribuir, en el supuesto de que se haya verificado un daño patrimonial, el resarcimiento, obtenido a través de la acción, al editor en vez de al director, en cuanto que los intereses económicos de éste último deben considerarse enteramente satisfechos por la compensación correspondiente del editor en base a su contrato de trabajo (*op. cit.* pág. 44). En nuestro Derecho, parece que el director del periódico únicamente puede obtener el reconocimiento de sus derechos morales en cuanto que sea reconocido como autor.

¹⁹⁴ Aunque sin profundizar sobre la cuestión se muestra favorable al reconocimiento de la facultad de retirada en manos del editor RODRIGUEZ TAPIA, "*Comentario al artículo 8.º*" *cit.*, pág. 166.

tiempo de la creación¹⁹⁵. (*Ad exemplum*, el promotor de una enciclopedia publicada hace unos años será el único titular para poder ceder los derechos de explotación mediante ordenadores multimedia).

Si la remuneración fue a tanto alzado, los autores no tendrán derecho a la remuneración proporcional¹⁹⁶, salvo si se dedujera otra cosa del contrato. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa¹⁹⁷.

f) *Otros derechos*.- Sobre la titularidad del *droit de suite*, tras admitir que puede haber obras colectivas de artes plásticas¹⁹⁸ -como p. e. un tapiz-, parece que, en principio, habría que reconocer este derecho al promotor, ante la dificultad de determinar a los verdaderos autores (incluso de distinguirlos de los meros artesanos) y por la pérdida de la visión de los mismos respecto al conjunto de la obra. A la interpretación anterior coadyuva que los autores de las aportaciones de las obras colectivas pueden ser remunerados a tanto alzado (art. 46.2), en vez de por medio del derecho a la participación proporcional (art. 46.1), situación que muestra evidentes analogías con el *droit de suite*.

¹⁹⁵ Sobre este punto se observa que el editor será dueño absoluto de la obra colectiva como producto comercial integrante de su patrimonio (RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 8.º" cit., pág. 165). Por nuestra parte, ya quedó dicho, como el promotor es el titular de los elementos patrimoniales y de las relaciones jurídicas que la creación de la obra colectiva genera, incluso antes de que dicha obra sea terminada.

¹⁹⁶ A pesar de que el art. 46.2 se presenta como una excepción a la regla general de la participación proporcional que admite estipulación en contrario, este artículo no exige la renuncia expresa a dicha participación. En los casos expresamente señalados podrá, simplemente, pactarse la remuneración a tanto alzado. Es de suponer que en los contratos, habitualmente redactados por los editores, éstos procuren omitir todo tipo de "renuncias".

¹⁹⁷ EDELMAN señala como la Corte de Casación (Civ. 1º, 24 mai 1976, *Bull. civ.* I, nº 193, P. 154; D. 1978.223) se opone enérgicamente a esta tesis; si la remuneración proporcional no ha sido prevenida en el contrato, los autores no la pueden exigir, puesto que el responsable es el "propietario sobre el conjunto". Solución que este autor considera perfectamente lógica, ("*Le droit moral des auteurs...*" cit., págs. 176 y 177).

¹⁹⁸ Las obras de artes plásticas aplicadas no se beneficiarán de este derecho (art. 24.1. *in fine*).

El inconveniente para el reconocimiento del derecho de participación al promotor es que las legislaciones que lo admiten, al establecerlo lo reconocen en cabeza de los "autores". Algunas leyes, como la nuestra, (art. 24.3) determinan su duración en base a la vida del autor, determinación que parece excluir directamente la posibilidad de que el beneficiario de tal derecho sea una persona jurídica. El problema entronca con la propia calificación del promotor como creador, calificación que la jurisprudencia se muestra muy reacia a dar. En consecuencia, creemos que la aplicabilidad de este derecho a las obras plásticas colectivas es muy dudosa. A la hora de ejercitar este derecho, lo más prudente será incluir, subsidiariamente, en la reclamación a los autores.

En cuanto a la admisión del derecho a la remuneración compensatoria del art. 25 de la Ley por las reproducciones de las obras hechas por medio de aparatos técnicos no tipográficos en manos del editor, no plantea ninguna dificultad puesto que el propio artículo enumera entre los beneficiarios de dicho derecho a los editores y productores, junto con los autores y artistas. Sin embargo, en el caso de las obras colectivas consideramos que este derecho no se podría extender a los autores de las aportaciones cuando su remuneración haya sido estipulada a tanto alzado.

g) Facultad para anteponer los símbolos o indicaciones de la reserva de derechos, para inscribir la obra en el Registro y para hacerse miembro de alguna de las Entidades de gestión legalmente constituidas.- El promotor, como titular o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre la obra, podrá anteponer a su nombre el símbolo ©, con precisión del lugar y año de la divulgación, o el de ® para los productores de fonogramas (en el hipotético caso de que éstos constituyan obras colectivas), indicando el año de la publicación (art. 131 LPI).

El promotor está facultado también para la inscripción de la obra colectiva en el Registro de la Propiedad Intelectual y la anotación de los

derechos sobre la misma. Según el párrafo 2.º del artículo 16 del RLPI "el registro hecho por los propietarios de las publicaciones periódicas garantizará no sólo la propiedad de las obras que como dueños hayan adquirido los que solicitan la inscripción, sino también la propiedad de los autores o de sus derechohabientes que no hayan renunciado a ella por no haber autorizado más que su derecho de inserción". Esto es, la inscripción hecha por el editor aprovecha a los autores de las aportaciones.

Finalmente, parece que no existe obstáculo alguno en considerar que el editor puede encomendar a la Sociedad de gestión que considere oportuna la gestión de sus derechos de explotación u otros derechos de carácter patrimonial (art. 132 LPI).

3.2.1.2.- Derechos de los autores sobre la totalidad de la obra.

3.2.1.2.1.- Derechos patrimoniales.

Los derechos patrimoniales de los autores de las aportaciones sobre el conjunto de la obra son inversamente proporcionales a los derechos del promotor, de manera que ya hemos ido perfilando negativamente la carencia de derechos de éstos sobre el conjunto de la obra.

En base a la adquisición *ab initio* del derecho de propiedad intelectual por el promotor, a los autores no les corresponde, según el régimen legal, ningún derecho patrimonial sobre la obra colectiva tomada en su unidad. Como ya quedó dicho, ni siquiera, tienen derecho a percibir la participación proporcional en los ingresos de la explotación.

Recordemos que la única posibilidad que señalábamos era que a los autores de las aportaciones de una obra colectiva de artes plásticas no aplicadas les correspondiera el derecho a exigir del vendedor la participación por el precio de la reventa, efectuada en pública subasta, en establecimiento mercantil o con intervención de un comerciante o agente comercial.

Posibilidad que mencionamos con todo tipo de reservas. De admitir esta posibilidad, pensamos que el reparto de derechos entre los autores debería funcionar como si se tratara de los coautores de una obra plástica en colaboración.

También hemos de recordar aquí el derecho que tiene cada uno de los autores a que la obra colectiva sea realizada según el plan que le fue presentado en el momento de contratar su participación y el derecho a ser informado de la progresiva realización de la obra colectiva¹⁹⁹; pero estos derechos no son consecuencia de su derecho de autor sino de los vínculos contractuales que tiene cada uno de ellos con el editor; por tanto, sólo dan acción para reclamar por daños y perjuicios.

2.1.2.2.- Derechos morales.

Se ha observado cómo pueden ser reconocibles ciertos derechos morales de las contribuciones sobre la totalidad de la obra²⁰⁰; si existiera una mención de los colaboradores que han intervenido en la obra colectiva, realizada *de motu proprio* por el editor titular de la obra, al margen de la firma que pueda tener cada aportación, parece, por analogía con el artículo 107 LPI y por respeto a la voluntad de cada autor (art. 14. 2 LPI), que todo autor tiene derecho a la mención de su nombre y a que ésta se realice en la forma por él decidida (con su nombre, su pseudónimo o anónimamente).

3.2.2.- Derechos sobre cada una de las aportaciones en concreto.

3.2.2.1.- Derechos del promotor.

a) *Derecho de inserción o de exclusión de la aportación encargada en la obra colectiva.*- Salvo pacto en contrario, el promotor no se obliga por el contrato

¹⁹⁹ Recordemos la tesis de CEDRAS expuesta *supra*.

²⁰⁰ RODRIGUEZ TAPIA, *op. últimamente cit.*, págs. 170 y ss..

de creación a incorporar la aportación a su obra colectiva²⁰¹, sino únicamente al pago de la remuneración convenida, lo cual le faculta para su utilización.

b) Derecho de publicación y reproducción. Se ha señalado como según la cesión al editor tenga carácter exclusivo o no, podrá éste impedir o autorizar reproducciones hechas por terceros²⁰². Pues bien, para el caso de que el contrato guarde silencio al respecto, si se trata de una relación laboral, "se presumirá que los derechos fueron cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario..." (art. 51.2). En cambio, si se trata de publicaciones periódicas, y la aportación no se reprodujere en el plazo de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o de seis meses en las restantes (art. 52.2), el editor pierde su carácter exclusivo .

c) ¿Tiene el editor derecho a la reutilización de las aportaciones? Supone uno de los caballos de batalla entre autores y editores no sólo con respecto a las obras colectivas sino también con la mayoría de los casos en que la obra que va ha ser reutilizada no constituye un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre.

Si respecto a la totalidad de la obra colectiva decíamos que el editor adquiere los derechos *ab initio*, con relación a las aportaciones singulares, en cambio, la adquisición es a título derivativo. Por lo tanto, en principio juegan todas las limitaciones legales, p.e. a falta de mención del tiempo, la transmisión se limita a cinco años (art. 43. 2). Parece, sin embargo, que el

²⁰¹ Ya quedó dicho como el derecho a no publicar la aportación encargada se infiere, para el caso de las publicaciones periódicas, del art. 52.2, no presentado objeciones su analogía al resto de las obras colectivas. Sobre este particular, MELAS, ha señalado que será frecuente que un artículo no pueda publicarse en la fecha prevista como consecuencia de una noticia importante de evidente prioridad, pudiendo ocurrir que dicho suceso suponga la pérdida de actualidad del artículo originariamente previsto ("*Le droit d'auteur des journalistes. Quelques-unes des ses particularités*", RIDA, núm. 119, 1984, pág. 157 y ss.).

²⁰² RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. cit.* últimamente.

editor, antes de la divulgación tendrá derecho a citarla o predivulgarla con fines publicitarios y, una vez divulgada, tendrá derecho a citarla, compendiarla, mencionarla, resumirla e incluirla en índices²⁰³. (En este último caso, entendemos, que salvo que el autor haya ejercitado su derecho de arrepentimiento).

d) *Derecho a introducir modificaciones de forma, salvo pacto en contrario, exigidas por la naturaleza de la obra colectiva.* Especialmente pensado para obras colectivas de naturaleza periodística, se ha dicho que el límite del director en el ejercicio de tal derecho, no es otro que el que se encuentra en la naturaleza de la publicación y aquél derivado del respeto al honor y a la reputación del autor del artículo al cual no se le debe ocasionar perjuicio mediante la referida modificación²⁰⁴.

Creemos que a mayor originalidad de las aportaciones se corresponde un mayor deber de respeto a la integridad de de las mismas. Esto no quiere decir que se entre en la valoración estética o científica, sino que cuando se trate de aportaciones "artesanales" el poder del editor sobre las mismas incrementa, pues en ellas la actividad de dirección cobra una mayor importancia.

Este derecho se manifiesta de forma espectacular en el derecho que

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Algunas legislaciones, como la italiana, reconocen expresamente, salvo pacto en contrario, este derecho al director del periódico. En este sentido, el art. 41 de la Ley italiana de 22 de abril de 1941, el cual llega incluso a permitir, para los artículos publicados sin firma, la supresión total o la reducción de la extensión de parte de dichos artículos. PIOLA-CASELLI subraya como dicho precepto refleja, en definitiva, las costumbres periodísticas ("*Codice del diritto di autore (Commentario della L. 22 aprile 1941, n. 663)*", Ed. U.T.E.T., Torino, 1943, pág. 381 y ss.). En el mismo sentido, VARRONE, "*Manuale...*", pág. 74.

Sobre este punto, el propio DESBOIS ha manifestado que sería presuntuoso presentar, en todas las circunstancias, el derecho al respeto como absoluto y negar, al cocontratante del autor, la menor iniciativa, cualquiera que fuera la naturaleza del contrato ("*La droit d'auteur*" cit., pág. 533).

tiene el director del periódico de reducir el artículo mediante el recorte del final²⁰⁵. Dado el reconocimiento habitual de esta práctica y la posibilidad de que los autores manifiesten su voluntad contraria a dicha modificación en cualquier momento anterior a la publicación (no necesariamente en el momento de celebrar el contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios), entendemos que el derecho moral de éstos permanece incólume.

e) *Derecho/deber del editor de tutelar los derechos de los autores de artículos anónimos o pseudónimos*²⁰⁶. Esta carga es consecuencia del artículo 6.º2. de la LPI.

f) *¿Tiene el editor derecho a utilizar la parte ya realizada cuando la aportación de un autor no se completase por la negativa injustificada o por causa de fuerza mayor?* Se trata de ver si existe identidad suficiente como para aplicar a las obras colectivas el art. 91, ubicado en sede de obras cinematográficas.

La *ratio legis* de este artículo es atender, por una parte, a los intereses del productor en tanto que puede utilizar la parte ya realizada de la aportación de un autor; de otra, se respetan los derechos de éste en relación con la misma, no siendo indiferente en el ámbito del precepto el motivo por el que la prestación es incumplida. Es decir, el reconocimiento de determinados derechos respecto de los autores no puede llevar a que éstos sean ejercitados abusivamente (art. 7.º2 C.c.) ni a permitir que de una manera arbitraria -"injustificadamente", dice la norma-, se vean perjudicadas las expectativas del productor²⁰⁷.

²⁰⁵ Esta presunción no hace sino reconocer una práctica habitual tan extendida que es tenida en cuenta por los autores a la hora de redactar el artículo, dejando para el final la información de menos relevancia en previsión de su posible recorte (*vid*, LAZARO CARRETER: "*Curso de Lengua española*", Ed. Anaya, Madrid, 1993).

²⁰⁶ MARIOTTI, *op. cit.*, pág. 45.

²⁰⁷ PEREZ DE CASTRO, "*Comentarios a los artículos 91 y 92*" en "*Comentarios a la LPI*" *cit.*, pág. 1294.

De admitir la aplicación extensiva de este artículo para los supuestos de obras colectivas, en definitiva, lo que se haría era reconocer que el autor al ceder su aportación futura había ejercitado su derecho de inédito, pudiendo ya únicamente negarse a la publicación de la misma a través del derecho de arrepentimiento. De ahí que el autor no pudiera negarse injustificadamente. Pero para dar esta solución habría que prescindir del hecho de que la aportación aún no ha salido de la esfera personal del autor. Creemos que, mientras el legislador no prevea de un modo explícito otra cosa, esta laguna legal sólo puede ser llenada por las normas relativas al incumplimiento de los contratos²⁰⁸. Normas que, en cambio, en el caso de las obras cinematográficas resultarían menos eficaces dadas los grandes capitales invertidos.

3.2.2.2.- Derechos de los autores.

a) Derecho a la explotación separada de sus aportaciones.- En este punto se nos plantea si a falta de pacto los autores de las aportaciones podrán explotar separadamente sus aportaciones. Conforme al art. 7.º 3, -referente a la explotabilidad separada de las aportaciones de la obra en colaboración-, y al art. 52. II referido a las publicaciones periódicas parece que ha de darse una respuesta positiva.

A estas normas añade certeramente RODRIGUEZ TAPIA²⁰⁹ el art. 1.258 del C.c.-, los autores podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común²¹⁰ que también sirve de base a esta interpretación. Teniendo en cuenta la accesoriedad de las aportaciones respecto del conjunto de la obra, el perjuicio a la explotación

²⁰⁸ En contra, RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. últ. cit.*

²⁰⁹ *Ibidem.*

²¹⁰ En ocasiones, la competencia puede evitarse, simplemente, posponiendo la explotación de la aportación, de manera que no concurran en el tiempo.

común de la obra colectiva será mucho más remoto que en el caso de la explotación separada de las aportaciones de las obras en colaboración. Por otra parte, entendemos, que el autor de la aportación -al igual que los demás autores-, conserva también el *derecho de colección* contemplado en el art. 22 LPI.

CEDRAS sostiene que si el promotor ejercitare su derecho de retirada o de arrepentimiento, el creador mantendría, salvo pacto en contrario, su derecho a seguir explotando separadamente su aportación²¹¹. Es un derecho, por tanto, independiente de la suerte futura de la obra colectiva.

En este punto debemos recordar lo dicho en el capítulo anterior acerca de la excepción sentada por el art. 114 LPI que atribuye al productor de la obra audiovisual los derechos de explotación de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la misma.

b) *Derecho al inédito*.- (apartado 1.º, art.14) y *derecho de arrepentimiento* (apartado 6.º, art. 14). La cesión que hace el autor al editor en el contrato de creación, se ha equiparado al ejercicio del derecho de inédito²¹² o a su introducción en el comercio, razón por la cual el ejercicio de este derecho equivaldría al derecho de arrepentimiento y, como consecuencia, el autor tendría que indemnizar previamente²¹³ al editor de la obra colectiva.

²¹¹ "Les oeuvres collectives..." cit., pág. 67. Ya hemos sentado nuestra postura acerca de la inconveniencia de la facultad de arrepentimiento en manos del editor; sin embargo, lo dicho es aplicable cuando el editor se niegue a la reedición de la obra.

²¹² Señala ROMANO ("Opere collettive e tutela cautelare del diritto d'autore", *Giurisprudenza Italiana*, 1992, n. 2, I, 2, 151 y ss.) como la *ordinanza del Pret. Torino, 5 maggio 1990* ha estimado la demanda de tutela cautelar, en materia de publicación en una obra colectiva de un ensayo sin el consentimiento de los autores del mismo a la cesión de utilización. Parece pues, como la cesión de utilización de la aportación es suficiente para ejercitar la facultad de inédito. Véanse también los medios de tutela que los autores de las contribuciones singulares pueden invocar propuestos por esta autora.

²¹³ CEDRAS, *op. y loc. cit.* anteriormente.

Se ha propuesto cómo, en la práctica, será más efectivo, en lugar de ejercitar el derecho de retirada, exigir la supresión de la firma al final de la aportación o del artículo que ya no satisface al autor²¹⁴.

El derecho de arrepentimiento en las obras colectivas por parte de los autores queda prácticamente en papel mojado: de una parte, la indemnización habría de ser por la totalidad de la obra colectiva, respecto a la cual, la aportación del autor es meramente accesorio; de otra, cuando se trata de aportaciones periódicas, lo efímero²¹⁵ de las mismas hace que el ejercicio de este derecho sea inviable, aunque teóricamente siga siendo reconocido: lo habitual será que cuando el autor se arrepienta de su obra ésta ya no esté a la venta. Quizá, ni si quiera se trate de un tema de actualidad.

Ha de tenerse en cuenta, además, que mientras que en las obras colectivas de tipo enciclopédico será difícil que el autor vierta sus propias convicciones intelectuales o morales, en las obras de tipo periodístico, en cambio, por el contenido habitual de actualidad y de debate de las mismas, los colaboradores "crean" opinión en el público; además, éstos están muy expuestos a que sus obras versen sobre temas intelectuales o morales. Piénsese, p.e., en un cambio de postura en temas como el aborto, la eutanasia, el terrorismo, etc. Por ello, proponemos, *de lege ferenda*, que el derecho de arrepentimiento se transforme, en estos casos, en un derecho de autoréplica, en un derecho de foro, en la misma publicación (y sección) en la

²¹⁴ MELAS, "*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 173 y ss. Sin embargo, en nuestra opinión, y dado que el derecho de arrepentimiento responde a un grave cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor, es probable que a éste no le baste con "esconder la cabeza", sino que no quiera que el público pueda hacerse eco de unas opiniones "suyas" de las que reniega, siendo perfectamente posible que exija la retirada total, cuyo único inconveniente práctico será la indemnización previa.

²¹⁵ El carácter efímero del artículo periodístico, -señala MELAS-, no le ofrece al periodista la posibilidad, salvo caso excepcional, de utilizar ese derecho. Imagina este autor, el caso en el que el contenido de un artículo fuera desmentido, antes de ser publicado, por los propios hechos (p. e., la predicción de los resultados de las elecciones parlamentarias en cierto país). Es evidente que, en tal caso, sería la propia empresa periodística la que haría todo lo posible para que no se publicara (*op. y loc. cit.*).

cual fue emitida la obra objeto del arrepentimiento. Para mantener el equilibrio con el derecho de arrepentimiento clásico, que exige la previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación, para el ejercicio de este derecho se podrá fijar judicialmente una indemnización.

c) *Derecho a la paternidad de la obra.*- En este punto hemos de distinguir según se trate del derecho que asiste al autor de determinar si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo pseudónimo o signo, o anónimamente (art. 14.2º) o del derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor (art. 14.3º).

No parece que haya ningún obstáculo en admitir que al mencionar el nombre debe ser respetada la voluntad del autor²¹⁶ en los mismos términos que si se tratara de un autor individual. Respecto al derecho del periodista, en concreto, a exigir la supresión de su nombre es el corolario indispensable del derecho de la empresa a modificar los artículos que publica, pues no podría concebirse que se obligara a un creador a que su obra mutilada por otro sea

²¹⁶ Señala RODRIGUEZ TAPIA como lo normal en los diarios más prestigiosos es que las cartas de los lectores no sean publicadas bajo pseudónimo, salvo razones de seguridad o humanitarias y constatando siempre el diario la identidad del remitente. Este autor califica dicha práctica de dudosa, pues el diario puede no publicar la carta, pero, de hacerlo, parece que debe respetarse la voluntad del colaborador (*op. y loc. últ. cit.*). Suscribimos totalmente esta opinión. La única cobertura legal que encontramos para esta costumbre es que si los lectores a sabiendas de este hábito envían sus cartas, en definitiva, están renunciando a su derecho divulgar bajo pseudónimo o anónimo por la adhesión a los términos exigidos por el periódico. Pero si a pesar de ello, manifiestan su voluntad de ejercitar este derecho, al diario no le queda otra alternativa que aceptar su publicación con la reserva al nombre del autor o negarse a la misma pero sería ilegítima la revelación no deseada de dicho autor. En este sentido, ESPIN CANOVAS ha mostrado como la declaración del nombre del autor en la obra es un derecho, no una obligación ("*Las facultades del derecho moral de los autores ...*" *cit.*, pág. 80).

Esto mismo se puede predicar, en las cartas al director, de la reserva que también suele hacer la editorial acerca del derecho a la integridad de la obra, reservándose el derecho a abreviar la carta o a introducir correcciones de estilo, aunque el recorte no desvirtue el verdadero significado de la aportación. Cuando el lector/autor haya hecho expresa referencia a su voluntad de que la publicación de su carta sea puntual, si el editor quisiera publicarla tendrá que aceptar esta condición o rechazar la carta de plano. No parece que funcione aquí el aforismo de que "quién puede lo mucho [no publicar el artículo], puede lo poco [modificarlo o abreviarlo]."

presentada bajo su nombre²¹⁷. La consecuencia que podríamos sacar es que el colaborador de reconocido prestigio cuya integridad va a ser respetada y que ha sido contratado por el peso de su firma, debería firmar sus artículos en la forma convenida, so pena de incurrir en mala fe contractual. Sin embargo, el ejercicio de las facultades morales debe ser interpretado de forma flexible de acuerdo con los principios generales del derecho, tales como la buena fe o el abuso del derecho; por tanto, si p.e. el derecho al anonimato de un periodista de reconocido prestigio se ejercitara de modo esporádico podría entenderse justificado.

A falta de pacto, el nombre ha de constar en el lugar ordinario a la naturaleza de la obra de que se trate y a la costumbre de cada publicación en concreto, pudiéndose llegar incluso a un anonimato "impuesto" por el editor y aceptado por los autores²¹⁸.

El reconocimiento de la autoría supone que el autor, aun en los casos en que haya de permanecer anónimo, -ya por contrato²¹⁹, ya porque sea la práctica en las aportaciones como la suya-, tiene derecho a impedir que la

²¹⁷ MELAS, "*Le droit d'auteur des journalistes...*" cit. pág. 171.

²¹⁸ A propósito de la renuncia a la paternidad de los autores asalariados ha señalado PLAISANT como dicha renuncia es válida, pero con precauciones, el autor será libre en cualquier momento para su revocación, excepto en caso de negligencia o fraude ("*The Employee-Author ...*" cit. pág. 277). Esta situación, -creemos-, también es predicable respecto a los autores que ejecuten obras hechas por encargo.

Sobre este aspecto resulta de gran valor la opinión de MELAS: reconoce que de conformidad con las costumbres vigentes, cuando un periódico (el "*Neue Zürcher Zeitung*", por ejemplo) se abstiene de precisar quien es el autor de los artículos que publica y se contenta con indicar la lista de los miembros del equipo de redacción, el periodista que, habiendo aceptado con conocimiento de causa colaborar en ese periódico, reivindicase después firmar su contribución sería contradictorio y ese hecho sería considerado, sin duda de mala fe (*op. cit.* últimamente, pág. 169 y ss.).

²¹⁹ En virtud de que el reconocimiento de la autoría es un derecho irrenunciable e inalienable "no cabe el pacto por el que el autor transmita la autoría a otra persona (pacto de servir como «negro»)... y, a la vez, el pacto iría contra el deber de veracidad: el deber de no engañar al público", PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "*Comentarios al Código...*" cit. pág. 763. Esto es, en virtud de la libertad de pacto o de los usos editoriales cabe imponer el anonimato. En cambio, resulta indisponible la suplantación de la autoría.

condición de autor le sea atribuida a otra persona, empezando por el propio editor. En todo caso, parece que conforme al art. 6.º 2 LPI, cuando la obra haya sido divulgada en forma anónima o pseudónima, al autor le asiste en todo momento el derecho de revelar su identidad.

Con respecto al ejercicio del derecho de paternidad sobre la explotación separada de las aportaciones, consideramos que el autor tras consignar su propia participación bajo la forma que quiera (su nombre, pseudónimo...), ha de consignar, salvo pacto en contrario, la obra colectiva a la que dicha aportación se incorpora²²⁰. Para sentar lo anterior nos basamos en que aunque la aportación es un fragmento propio, forma parte del conjunto de la obra colectiva, conjunto que le es ajeno al autor. De hecho, el art. 32 LPI al establecer los requisitos de la cita lícita, no exige únicamente la indicación del autor sino también la fuente de la obra utilizada. Por ello, consideramos que se ha de citar la fuente con la misma fidelidad, al menos, que si se tratara del ejercicio ordinario del derecho de cita. La única diferencia es que la extensión de la cita podrá comprender todo el contenido de la aportación, no teniéndose que limitar a fragmentos breves.

En cuanto a la protección por falsa atribución de la paternidad sobre la obra, hay que buscarla fuera del ámbito del derecho de paternidad, concretamente en la regulación del nombre y, en su caso, en la que disciplina el derecho al honor²²¹.

d) Derecho al respeto a la integridad de la obra y a modificar la propia obra.-

²²⁰ En contra, CEDRAS (*op. y loc. últimamente. cit.*). Sostiene este autor que, salvo pacto en contrario, el creador no podrá ser obligado a mencionar la obra colectiva, pero añade que tampoco podrá mencionarla espontáneamente sin el consentimiento del promotor. La necesidad de obtener permiso en uno u otro sentido nos parece que puede llegar, incluso, a paralizar el derecho a explotar la aportación separada. Por su parte, VARRONE estima que el autor de la contribución a una obra colectiva tiene el derecho a reproducirla en extracto separado o reunido en colección, con tal de que indique dicha obra colectiva de la cual ha sido tomada y los datos de la publicación (*op. y loc. últ. cit.*).

²²¹ CAFFARENA LAPORTA, "Comentario al artículo 14" *cit.*, pág. 275.

Ya hemos apuntado que el editor tiene derecho a ajustar las aportaciones al formato; derecho del editor que se corresponde con una pérdida correlativa del autor a exigir el respeto a la integridad de su obra²²².

El derecho al respeto a las aportaciones de los autores se confunde con el tema de si el empleador tiene derecho a alterar la obra de su empleado. Normalmente, en las obras colectivas es el empresario quién encarga la obra. A menudo, se reserva ciertas prerrogativas para supervisar y controlar; quiere conocer los proyectos de la obra, proponer determinador cambios, y tener la posibilidad de exigir correcciones so pena de rescindir el contrato en el caso de que sus proposiciones no fueran tomadas en cuenta²²³.

Para compaginar este conflicto de intereses se necesita una solución aceptable en consideración a que el derecho de adaptación debe ser admitido. Se debe dejar al empresario suficiente amplitud para que utilice la obra de acuerdo con las necesidades de su negocio²²⁴, pero sin excederse invadiendo los derechos morales de los autores.

²²² Es inconcebible -señala CEDRAS- que cada creador se negara a tolerar los retoques destinados a armonizar su aportación con las demás. En derecho común, la ley declara este derecho sólo para proteger al individuo, lo cual no hace al caso. Es la naturaleza de la obra colectiva la que justifica esta erosión del derecho moral, su vocación para ser fácilmente elaborada (*op. cit.*, págs. 50-58). El derecho a la integridad no puede ser absoluto por el carácter de la obra colectiva que lleva consigo la necesidad de coherencia del conjunto (MELAS, "*Le droit d'auteur des journalistes...*" *cit.*, pág. 165).

²²³ BARTA, "*Le droit d'auteur et la créativité d'employé*", *cit.* pág. 85.

²²⁴ PLAISANT (*op. y loc. últ. cit.*), añade que, en la mayoría de los casos, las obras concernientes son trabajos menores, muchos de los cuales atraviesan por una sucesión de alteraciones de tal manera que la contribución original de cada autor es débil. En contra, parece estar FABIANI que al hacer referencia a las alteraciones de las aportaciones en las obras cinematográficas señala que "esas modificaciones pueden resultar tales que falseen la individualidad de la obra, en la que se refleja la personalidad del artista. Puede ocurrir incluso que la obra así modificada haya adquirido un mayor valor comercial o que, incluso, se encuentre paradójicamente mejorada; lo que no quita para que la relación de paternidad que la ligaba con su autor haya sido violada" ("*Le droit de l'auteur a l'intégrité de son oeuvre*", RIDA, nº 42 (1964), pág. 89).

Esta facultad de alteración por parte del promotor de la obra colectiva se manifiesta, junto con otros límites a la integridad de la obra (como las obras derivadas o la parodia), como muestra de que el deber al respeto de la obra no es absoluto. En cierto modo, se asemeja a la cesión de los derechos de transformación de la obra, en las cuales, el autor-transformador puede llevar a cabo las modificaciones exigidas para la transformación de que se trate, pero con una salvedad, que no se cumple el requisito del art. 21, de que "se derive una obra diferente".

No podemos dejar de señalar la similitud de esta facultad de modificación del editor de la obra colectiva con el art. 93.1.º relativo a las obras cinematográficas (otro de los límites al derecho al respeto). Según este artículo, "el derecho moral de los autores sólo puede ser ejercido sobre la versión definitiva ..." [versión definitiva que ha de ser establecida de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el directo-realizador y el productor (art. 92.1.º)]. Mediante las normas citadas se evita el riesgo de la paralización u obstaculización en la terminación de las obras cinematográficas²²⁵.

En conclusión, volviendo al respeto a la integridad de las aportaciones de los autores, la licitud de las transformaciones del editor dependerá, fundamentalmente, de la originalidad de la aportación. Así, p.e., no será aceptable la alteración de un artículo de opinión o de un chiste, pero sí las artículos de mera información.

En cuanto al derecho a modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros (art. 14.5.º), se presenta en la misma línea argumental que el derecho de arrepentimiento o de retirada, aunque desde un plano más débil para el autor, al no concurrir el cambio de convicciones intelectuales o morales. Pero aquí la posición del editor se ve reforzada en cuanto a *tercero con derechos adquiridos* sobre la aportación. Únicamente en caso de

²²⁵ PEREZ DE CASTRO, N.: "A propósito del coloreado de películas", AC, octubre 1990, pág. 568.

reedición de dicha aportación -p. e., si el editor-empleador quiere reutilizar la obra dentro del ejercicio de su actividad habitual-, podrá el autor de la aportación invocar su derecho a modificar su obra (art. 14. 5.º LPI).

e) *Derecho de acceso al ejemplar único o raro*. Se ha señalado que no hay ningún inconveniente en reconocer este derecho para el supuesto de que el autor se haya desprendido de la propiedad del original, pudiendo acceder al mismo, en tanto que conserva los derechos de colección y la posibilidad de explotación separada de la aportación²²⁶.

Nos preguntamos si este derecho se corresponde con la obligación del promotor de custodiar los originales. A falta de una norma en el sentido del art. 43 de la Ley italiana que excluye cualquier obligación a cargo del editor en los artículos no reproducidos de conservar o restituir los manuscritos, parece que hay que entender que es aplicable, analógicamente, el art. 64.6º LPI relativo al contrato de edición. En la práctica lo que ocurre es que no será muy frecuente que el editor olvide incluir una cláusula de exoneración de esta carga a fin de evitar pretensiones infundadas ²²⁷.

f) *Otros derechos*. Con relación a la posibilidad de que el autor ejercite el *droit de suite* con respecto a las aportaciones, hemos de señalar que, en principio, sólo podrá ser ejercitado respecto de aquellas obras plásticas que sean explotables separadamente. Sin embargo, como ya se señaló, creemos posible que el *droit de suite* sea ejercitado respecto al conjunto de la obra colectiva plástica -cuando las aportaciones no sean separables, como en los tapices- por la totalidad de los autores (incluyendo al director) como si se tratara de una obra en colaboración.

²²⁶ RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. últ. cit.*

²²⁷ VARRONE, *op. y loc. últ. cit.* Esta práctica también se emplea para certámenes literarios, fotográficos, etc. Cuando se trate de obras artísticas, creemos que su licitud es francamente dudosa.

En cuanto al canon compensatorio, ya excluimos dicho derecho en cabeza de los autores sobre la base de que si los autores de la obra colectiva pueden estipular la remuneración a tanto alzado, para así evitar las dificultades que su gestión acarrearía, las mismas razones de peso existen para excluir el canon de compensación²²⁸.

3.3.- Régimen convencional.

La posibilidad de pacto a la que hace referencia el art. 8.º parece, en principio, ir referida exclusivamente a la atribución de los derechos sobre la obra colectiva, en persona o personas distintas de la que la edita o divulga.

La calificación de las obras colectivas es una cuestión de hecho que no deja margen a la discrecionalidad de las partes, *ut supra dictum est*. Tampoco parece posible un pacto que prevea una suerte de propiedad intelectual *pro diviso*, en el sentido de atribuir ciertos derechos morales a los autores y otros al promotor²²⁹.

3.3.1.- Sujetos intervinientes.

Sólo tres tipos de sujetos aparecen en la obra colectiva: el coordinador, los autores y el editor. La atribución, por medio del pacto, puede corresponder, en principio, a cualquiera de ellos. Pero creemos que también se podría pactar la participación conjunta de todos, o algunos de ellos, en la proporción que estimaran conveniente.

²²⁸ En la jurisprudencia francesa, la improcedencia del canon compensatorio en cabeza de los autores de la obra colectiva quedó evidenciado en el caso *Glénans*, ya comentado.

²²⁹ En este sentido, RODRIGUEZ TAPIA señala que los pactos de naturaleza transaccional, como podría ser "distribuir" los derechos de propiedad intelectual entre varias personas, correspondiendo, por ejemplo, al autor-colaborador los derechos de paternidad y nombre, y al editor, los de retirada o modificación, parecen contrarios a la Ley (*op. cit.*, págs. 160 y ss.).

Normalmente, el pacto aparecerá incorporado a los contratos de creación pero no hay ningún obstáculo a que vaya en documento independiente. Como ya hemos señalado en múltiples ocasiones, habrá tantos contratos de creación como autores haya. Pero, ¿tienen que pactar todos los sujetos intervinientes en la obra colectiva? De una parte tendrá que intervenir siempre el editor. Es éste quien, en definitiva, está renunciando a unos derechos que en otro caso le estarían atribuidos por Ley. De otra, creemos que ha de intervenir el beneficiario de la atribución. Por el contrario, consideramos que no será necesario el consentimiento de aquéllos a quienes no les son atribuidos los derechos, si bien, -conforme al derecho de información-, no sería lícita su ocultación.

A nuestro juicio, puesto que en la obra colectiva no rige el principio de igualdad entre los autores, tal y como ocurría en las obras en colaboración, es posible que la atribución de los derechos sobre el conjunto de la obra corresponda sólo a algunos de los autores.

Tampoco encontramos inconveniente alguno en admitir que los derechos sobre la obra colectiva puedan corresponder a distintos grupos de sujetos. V. gr. si los derechos se reparten en tercios correspondiendo una porción a los autores (o a parte de ellos), otra al coordinador y una última al editor, o sólo al editor y al coordinador, etc. En principio, consideramos lícitas todo tipo de permutaciones entre los sujetos y las participaciones que no tendrán que estar fijadas en función de las contribuciones. Así, se podrá pactar que los derechos sobre una obra colectiva de tipo enciclopédico correspondan por mitad al editor y al coordinador; o que el propietario de un periódico puede pactar con el director y determinados colaboradores que cierto porcentaje sobre cada nueva edición corresponda dichos colaboradores. Por medio de esta fórmula se evitaría por ejemplo hacerles accionistas de la sociedad o comuneros de la empresa periodística, pero se conseguiría el mismo efecto motivador.

Por último, consideramos que en caso de que la atribución de los derechos corresponda a varias personas, se puede pactar que la gestión de las facultades morales sobre el conjunto de la obra pueda ser ejercitada por el sistema de las mayorías, pues el recurso a la unanimidad requerido en las obras en colaboración es una manifestación más del principio de igualdad entre los coautores. El sistema de las mayorías es el más adecuado para la gobernabilidad de una obra de estas características.

3.3.2.- Contenido del pacto.

Parte del contenido ya ha sido delimitado al señalar que se trata de un pacto de atribución a persona o personas distintas de la que edite o divulgue la obra. El problema que surge aquí es si cuando hay pacto en contra de la atribución en cabeza del editor, los autores o el editor adquieren los derechos *ab initio*. En un principio, y puesto que dicha atribución deriva de un pacto, pudiera pensarse que se trata de una adquisición a título derivativo, pero si el pacto se realiza en la formación del "contrato previo" puede ser originaria.

No parece que haya obstáculos teóricos a la atribución de los derechos sobre la obra colectiva tal y como si se tratase de una obra en colaboración, incluso para la gestión de los derechos morales. También parece, en principio, posible que se pacte por medio de un contrato de sociedad; ahora bien, la calificación de obra colectiva implica el período de explotación previsto para este tipo de obras.

3.3.3.- Forma del pacto.

Al igual que en el contrato de creación, por tratarse de una cesión (art. 45), hace falta forma escrita, no habiendo inconveniente alguno en que conste en documento aparte. Creemos que tampoco es necesario que el pacto sea simultáneo al contrato de creación. Será admisible tanto el pacto antecedente como el concomitante o subsiguiente y no sólo al contrato de

creación sino también a la propia creación de la obra colectiva.

3.4.- Duración de los derechos de explotación.

El art. 28. 2.º dispone que la duración de los derechos de explotación sobre la obra colectiva será de sesenta años a contar desde su divulgación²³⁰. Para algunos, este acortamiento del plazo de protección se debe a que las aportaciones de los diferentes autores hacen imposible el atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada; ya no se tiene en cuenta la vida de los diferentes autores sino sencillamente el hecho de la divulgación por el editor²³¹.

Al ser el titular de los derechos sobre la obra el editor, que en muchas ocasiones será una persona jurídica, no parece apropiado que se beneficie de la longevidad de los autores como si se tratara de una obra en colaboración, sino que resulta más adecuado establecer un plazo fijo común para todas las obras colectivas. Por otra parte, la duración de una persona jurídica puede ser indefinida y esto se cohonestaría mal con la protección de la propiedad intelectual.

En tema de duración de los derechos de autor de las obras colectivas ha de tenerse en cuenta la Directiva 93/98/ CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección de los derechos de autor y determinados derechos afines. En su artículo 1.º, apartado 4 dispone: *"cuando un Estado miembro establezca disposiciones especiales sobre derechos de autor relativos a obras colectivas o cuando una persona jurídica sea designada titular de los derechos, el plazo de protección se calculará con arreglo a las disposiciones del apartado 3, a no ser que las*

²³⁰ Señala DELGADO PORRAS como para el cómputo de este plazo es de aplicación lo expresado en el inciso final del artículo 36 (*"Panorámica..." cit.*, págs. 53 y 54).

²³¹ LASARTE ALVAREZ, C.: *"Comentario al artículo 28"*, en *"Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" cit.*, pág. 484.

personas físicas que hayan creado la obra sean identificadas como tales en las versiones de la obra que se hagan accesibles al público. El presente apartado se entenderá sin perjuicio de los derechos de los autores identificados cuyas aportaciones identificables estén contenidas en dichas obras, a las cuales se aplicarán las disposiciones de los apartados 1.º y 2.º. El precitado apartado 3.º dispone que "el plazo de protección expirará setenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público".

A nuestro juicio, la excepción sentada por la presente Directiva cuando exista una identificación *"en las versiones de la obra que se hagan accesibles al público"* de las personas físicas que hayan creado la obra, carece de razón que la justifique. A pesar de los inconvenientes que se señalarán en el siguiente epígrafe, consideramos más acertada una norma como la contenida en el art. 28, § 3.º, que circunscriba el cómputo de las aportaciones identificables al caso de que dichas aportaciones constituyan obras independientes, hayan sido o no identificados sus autores en las versiones a las que el público tenga acceso. Al igual que en materia de obras en colaboración, la indistinguibilidad de las aportaciones no depende de su reconocimiento por el público sino de las relaciones entre los autores y el editor. Así, la falta de identificación de un autor sobre su aportación puede responder al ejercicio de la facultad de inédito o a un acuerdo con el editor sobre la omisión de los nombres de los autores. Para nosotros, la identificación del público carece de relevancia a la hora de calificar la aportación como obra independiente.

3.4.1.- Cómputo separado de cada aportación.

Toda la claridad y concisión del párrafo 2.º del art. 28 ha sido empañada por el párrafo 3.º: *"la publicación conjunta de varias aportaciones, que no constituyan creación unitaria aunque guarden entre sí alguna relación, se registrará, en cuanto a la duración de los respectivos derechos de sus autores,*

por lo establecido con carácter general en el artículo 26 [toda la vida del autor y sesenta años²³² después de su muerte]".

Alude este párrafo a las llamadas obras independientes del art. 9.º 2. y, por tanto, en principio, va referido a los casos de mera yuxtaposición de obras independientes. A pesar de que la intención del legislador era distinguir estas publicaciones del resto de las obras plurales, resulta indiscutible que tienen una zona de intersección tanto con las obras colectivas como con las obras en colaboración²³³ e incluso con las obras individuales.

La fusión de aportaciones de la obra colectiva, que hace imposible la atribución separada de derechos a los autores sobre el conjunto, permite que las aportaciones constituyan creaciones autónomas, mientras hayan sido concebidas para dicha obra colectiva; pues la obra/aportación existe con independencia de la obra colectiva a la que se incorpora y para la cual fue concebida.

En el ámbito de las obras colectivas, la norma del art. 9.º 2. en relación con el art. 28. 3.º supondrá un semillero de litigios, no sólo por razón de la escisión de titularidades entre el conjunto de la obra colectiva y las aportaciones particulares, sino también por la diacronía en la caída al dominio público de las mismas. Si el plazo de duración de la propiedad intelectual se establece atendiendo distintamente al momento de la muerte de cada uno de

²³² Véase el art. 1.º de la Directiva anteriormente citada, en el cual se incrementa el plazo a setenta años después de la muerte del autor.

²³³ A juicio de RODRIGUEZ TAPIA las aportaciones de los autores, cuando sean separables constituyen obras independientes : ("*Comentario al artículo 9.º*", en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 201). Lo que ocurre es que el plazo más largo de duración de los derechos de explotación sobre la obra en colaboración nos parece que tiene una *vis atractiva* respecto de las aportaciones: resultaría paradójico que, en base a la explotabilidad separada de letra y música, el plazo de protección de las aportaciones fuera el general del artículo 26, limitándose el art. 28.1.º a establecer el plazo para la obra global. Por ello, en nuestra opinión el que sean obras independientes o aportaciones a la obra en colaboración se reduce casi a una cuestión terminológica, sin trascendencia en el régimen jurídico.

los autores, significará que en algunos casos ciertas aportaciones de la obra habrán pasado al dominio público mientras que otras seguirán siendo propiedad de sus titulares²³⁴.

La doctrina francesa parte del hecho de que el tiempo de protección de la obra colectiva es normalmente más corto que el de los distintos fragmentos que la forman, lo que puede entrañar un último problema: la lógica exige que la obligación de no competencia debe acabar nada más entrar la obra colectiva en el dominio público. Pero la violación del derecho moral inherente a la obra colectiva siempre será sancionable, como derecho perpétuo que es²³⁵. Por tanto, tras la caída de la obra colectiva en el dominio público, el autor de la aportación o sus derechohabientes deberán seguir mencionando la fuente de la que procede.

3.4.2.- Reediciones actualizadas de la obra colectiva.

En relación al plazo de duración del conjunto de la obra colectiva, hemos de detenernos ante la posibilidad de que sea alargado mediante futuras revisiones.

El problema del cómputo de las revisiones únicamente se presenta en relación con las obras colectivas. Cuando se trate de obras individuales o en colaboración²³⁶, al no computarse el plazo en función de la fecha de divulgación sino de la vida de los autores, es indiferente que las obras sean revisadas; y si los coautores de la revisión no coinciden exactamente con los de la obra original estaremos en presencia de una obra derivada y, por tanto, será de aplicación el régimen de éstas. En cuanto a las revisiones de las

²³⁴ LASARTE ALVAREZ, *op. cit.* pág. 485.

²³⁵ CEDRAS, *op. cit.*, pág. 67.

²³⁶ Salvo las dificultades, vistas en el Capítulo anterior, que surgen cuando los coautores de la revisión no coinciden plenamente con los de la obra original.

obras derivadas, la obra preexistente mantiene su vida con independencia de las obras que de ella se puedan derivar.

Del art. 29 LPI²³⁷ se han deducido los siguientes extremos: 1.º) En primer lugar, que la publicación por partes requiere simultáneamente una concatenación entre el argumento o *leit motiv* de la obra, de tal manera que hasta la publicación de la última de ellas no pueda considerarse completa (p. e., hasta la publicación de la letra "Z" de una enciclopedia); 2.º) Cuando ya completa recibe una *addenda*, un complemento o un apéndice, tales obras han de considerarse independientes de la obra original, aunque sean complementarias²³⁸.

Podemos sentar, pues, que cuando se trate de obras colectivas revisadas habrán de computarse distintos plazos según el momento de creación de cada una de las contribuciones, entrando algunas de ellas en el dominio público mientras en las otras la titularidad permanece en manos del editor u otros titulares.

3.5.- Breve reseña acerca de la calificación jurídica de las obras cinematográficas.

A lo largo del presente estudio se ha suscitado en varias ocasiones el problema de la naturaleza jurídica de las obras audiovisuales, problema que hemos considerado ineludible y que ha llegado el momento de abordar. El art. 87 LPI encuadra a las obras audiovisuales dentro de las obras en colaboración, no admitiendo, tal como lo hace el art. 14, § 2 de la ley

²³⁷ Art. 29: "1. En el caso de una obra publicada por partes, volúmenes o entregas, que no sean independientes, el plazo de protección de la obra se contará desde la publicación del último de aquéllos.

2. A estos efectos los apéndices, anuarios y otros complementos de una obra se considerarán independientes de ésta".

²³⁸ LASARTE ALVAREZ, *op. y loc. cit.* últimamente.

francesa, la prueba en contrario²³⁹. Esto supone que la calificación *ex lege* de todo el género audiovisual sin dar cabida a la posibilidad de entrar en cómo haya sido efectivamente creada cada obra²⁴⁰. La especial configuración de las obras audiovisuales ha hecho necesaria la regulación de un estatuto en cuya virtud creemos que se acercan mucho a la descripción de las obras colectivas. A pesar de su encuadramiento legal dentro de las obras en colaboración, hemos considerado oportuno hacer una breve referencia a cómo, en términos generales, tanto el supuesto de hecho descriptivo de la ejecución de una obra cinematográfica como las consecuencias jurídicas del régimen especial aplicable a las mismas, se adecua mejor a la configuración de obras colectivas.

Acerca de la incorporación de las obras cinematográficas en la noción de obras en colaboración, se ha señalado que puede ser criticada si se observa que el estatuto de la indivisión entraña el riesgo de plantear dificultades en la explotación de la película²⁴¹.

Se ha reconocido como la obra audiovisual se caracteriza por un alto grado de complejidad, por sus necesidades de financiación y por la exigencia de una fácil comercialización. Ello hace que el productor, aún no siendo autor, desempeñe un papel de especial importancia en relación con dicho tipo de obras. Tan es así, que existen Ordenamientos, -principalmente en los países

²³⁹ En este sentido, COLOMBET observa como el legislador ha utilizado la técnica de la presunción simple: se presumirá que ciertas personas son coautores, pero deberán demostrar su acto de creación ("*Propriété...*" cit., pág. 83 y 84).

²⁴⁰ En otras ocasiones ya hemos visto como la clasificación que hace nuestra LPI (Capítulo I, Título II del Libro I) en cuanto a las obras complejas no se basa en el género artístico o científico sino que atiende a las relaciones entre los sujetos y al modo de efectuarse la creación. Obras de mismo género pueden responder a distintos tipos legales de obras: así, una canción puede ser la creación de un autor individual, o del músico y del libretista que la crearon en colaboración o puede ser una obra derivada, si la letra o la música preexistían; otro ejemplo paradigmático de la versatilidad de la clasificación legal son los tapices que pueden ser tanto obras en colaboración, como colectivas o individuales. Pues bien, el art. 87 impide entrar a juzgar sobre naturaleza de las obras cinematográficas.

²⁴¹ COLOMBET, "*Propriété...*" cit., pág. 83.

del área anglosajona-, que le atribuyen directamente la autoría de la obra audiovisual, subsumiendo a esta dentro de la categoría de las obras colectivas (art. 8.º)²⁴².

Ahora bien, para calificar a la obra cinematográfica de colectiva, no es necesario acudir a la ficción de que el productor es el autor de la misma. La autoría de los distintos autores puede seguir siendo reconocida, tal y como ocurre en las demás obras colectivas, correspondiendo al productor, -salvo pacto en contrario-, la titularidad de los derechos de explotación sobre la base de su actividad de promotor.

Las razones que suelen aducirse para justificar la calificación de las obras cinematográficas como obras en colaboración²⁴³ no son definitivas, así: a) la intervención de varios autores, aunque en número no tan grande como los que contribuyen a la elaboración de una obra colectiva²⁴⁴; b) el tratarse de una obra de resultado unitario (la obra colectiva también se funde en una "*creación única y autónoma*" (art. 8.º), pues en caso contrario, no sería una obra colectiva sino una mera yuxtaposición de obras independientes); c) la inspiración común de los coautores²⁴⁵; d) la contemporaneidad de las aportaciones (el art. 8.º, en unos términos muy parecidos al art. 87.3 LPI, exige que las aportaciones de la obra colectiva hayan sido concebidas para su incorporación a la misma); e) la exigencia de que los derechos sobre la obra pertenezcan a los autores en situación de cotitularidad (cuando, en

²⁴² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "*El derecho de remuneración del artículo 90.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad*", en "*Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*", Ed. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989, pág. 93.

²⁴³ Vid. PEREZ DE CASTRO, N.: "*Comentario al artículo 87*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 1.217 y ss.

²⁴⁴ GERARD, P. D.: "*Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos*", traducción y notas al derecho español de M. PARES MAICAS, Ed. Ariel, Barcelona, 1958, pág. 147.

²⁴⁵ El propio GERARD, a pesar de que incluye a las obras cinematográficas dentro de las obras en colaboración, reconoce que es el productor quien toma la iniciativa en la creación de la obra cinematográfica (*op. y loc. cit.* anteriormente).

realidad, el art. 88. 1. LPI lo que establece es una presunción de cesión a favor del productor en unos términos similares a la atribución que, salvo pacto en contrario, establece el art. 8.º en favor del editor de obras colectivas); f) en cuanto a la exclusión de la noción de obra colectiva en base al hecho de que los autores conserven el derecho de paternidad sobre sus aportaciones²⁴⁶ parte del supuesto erróneo de que las aportaciones de una obra colectiva son indistinguibles del conjunto de la obra colectiva a la que se incorporan y de que los autores de las aportaciones a la obra colectiva carecen del derecho a la paternidad²⁴⁷.

Nuestro Ordenamiento niega la condición de autor al productor de la obra audiovisual al considerarla como obra en colaboración de varios autores. Pero no puede por menos de reconocer el protagonismo del productor, atribuyéndole a través de los contratos de producción y de transformación de obras preexistentes los derechos de explotación sobre la obra audiovisual²⁴⁸.

Queremos hacer especial hincapié en que el legislador debía haber evitado calificaciones apriorísticas de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales. Pero además, el *modus operandi* típico de creación de una obra cinematográfica es, a nuestro entender, el de la obra colectiva. En general, las obras audiovisuales presentan una estructura muy análoga a la de las obras colectivas²⁴⁹.

La iniciativa en la creación de la obra será generalmente del productor, o bien la iniciativa no tendrá trascendencia práctica hasta que el productor la asuma como propia.

²⁴⁶ GERARD, *op. cit.* últimamente, pág. 148.

²⁴⁷ *Vid. supra* § 3.2.2.2. sub c).

²⁴⁸ BERCOVITZ, "El derecho de remuneración..." *cit.*, pág. 93.

²⁴⁹ PIOLA-CASELLI y otros, "Diritti di autore" *cit.*, pág. 686.

La obra resultante no es producto de la *cooperación* de los coautores sino, a semejanza con la obra colectiva, de la labor de coordinación del director. El hecho de que el director de la obra audiovisual sea considerado autor, (calificación que, por otra parte, nos parece del todo merecida), no basta para mantener que exista *colaboración* entre los autores, pues la coordinación la proporciona la actividad del director. Así, p. e., no hay cooperación alguna entre el guionista y el compositor de la música.

La obra cinematográfica es un claro ejemplo de las obras de empresa. Si bien es cierto que es el director quien se encarga de la parte artística, al productor le corresponde la parte técnico-organizativa. Dentro de esta actividad, es el productor quien celebra los contratos con los distintos autores. Dichos contratos tienen las características de los *contratos de creación*, característicos de las obras colectivas. La pluralidad de los contratos y la desigualdad cualitativa de los mismos es una de las señales de identidad de las obras colectivas que permite dar cabida al reconocimiento de los autores de contribuciones accesorias. Contrariamente, en las obras en colaboración, la cotitularidad es consecuencia del propio hecho de la cocreación. No será necesaria, por tanto, la existencia de contrato y de haberlo se limitará a establecer la proporción que a cada coautor corresponda; esto es, podrá haber desigualdades cuantitativas, nunca cualitativas.

Entendemos que al promotor, juntamente al director-realizador, les corresponde la facultad de rechazar las contribuciones encargadas a los autores, no quedando, en principio, obligado su incorporación en la obra, sino únicamente al pago de la remuneración convenida. Así, por ejemplo, si en base al argumento o a la obra preexistente dadas, el guión no responde a las expectativas del director y del productor, o deshechan la composición musical.

A nuestro entender, la obra audiovisual admite aportaciones creativas de muy diversa índole, pudiendo éstas ser de relevancia muy dispar. En este

sentido, la doctrina francesa ha hablado de *coautores eventuales*²⁵⁰. Estos serían los autores de los decorados, vestuarios, maquillajes siempre que hubieran sido compuestos para la inclusión en la referida obra audiovisual y fueran creativos y originales. Estos autores de aportaciones creativas a la obra individual han sido, sin embargo, preteridos del elenco del art. 87. Dentro del ámbito de las obras en colaboración carecen de la condición de autor, pero además su aportación no podrá ser calificada de obra independiente, puesto que es inescindible del resto de la obra audiovisual.

El art. 92 LPI nos proporciona otra razón de peso. Dicho artículo dispone que: "*1. Se considerará terminada la obra audiovisual cuando haya sido establecida la versión definitiva, de acuerdo con lo pactado en el contrato entre el director-realizador y el productor. 2. Cualquier modificación de la versión definitiva de la obra audiovisual mediante añadido, supresión o cambio de cualquier elemento de la misma, necesitará la autorización previa de quienes hayan acordado dicha versión definitiva...*". Con este artículo, el legislador ha querido evitar conflictos a la hora de determinar la versión definitiva. Independientemente de la oportunidad o inoportunidad de esta norma, lo cierto es que se ajusta más al prototipo de obras colectivas que al de las obras en colaboración.

Finalmente, dado el especial régimen jurídico previsto en los arts. 86 y ss. de la LPI, la calificación de las obras audiovisuales como obras en colaboración supone, únicamente, el alargamiento del período de explotación económica valiéndose de la longevidad de los autores. Las medidas tendentes a una mayor protección de los autores previstas en el Título VI del Libro I LPI son perfectamente compatibles con la noción de obra colectiva.

²⁵⁰ Utiliza esta terminología COLOMBET, "*Propriété...*" cit., pág. 85.

Capítulo IV: Las obras derivadas

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

1.1.- Concepto de obra derivada. Terminología.

Obra derivada es la obra nueva¹ basada en otra creación anterior. Como en las demás creaciones intelectuales también se exige que estas obras sean originales (art. 10.1), en el sentido de que la obra, aun siendo derivada, muestre el rasgo personal y distintivo que cada autor plasma en sus obras. Lo que ocurre es que desde el punto de vista jurídico, resulta necesario apreciar en esa originalidad inexcusable ciertos grados y matices. Ciertamente, las legislaciones nacionales no son muy rigurosas a la hora de reclamar la originalidad². Así p. e., nuestro art. 12 otorga protección a obras cuya única aportación consiste en la ordenación de su material al proteger las colecciones de obras ajenas y las de otros elementos o datos que por la *selección o disposición* de las materias constituyan creaciones intelectuales.

Podríamos decir que en la actualidad las obras derivadas son una manifestación más de la búsqueda del perpetuo equilibrio entre el interés de la colectividad a la difusión de la cultura y los derechos de los autores. Como ya vimos en el Capítulo I, en los albores de la propiedad intelectual, los jueces ingleses, al aplicar el Estatuto de la Reina Ana, reconocían los derechos de los autores de obras derivadas en base al trabajo añadido por el traductor o compendiador, reconociendo que el propósito del *copyright* era fomentar la producción de nuevos trabajos. Pero este reconocimiento era a costa de menospreciar los derechos de los autores de las obras originales que eran ignorados.

Las obras derivadas constituyen una de las materias en las que existe

¹ Legalmente, el requisito de obra nueva se deduce de los arts. 9.º1: "se considera obra compuesta la *obra nueva...*", y 21.1: "...de la que se derive una *obra diferente*".

² Vid. la jurisprudencia citada por ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 641 y ss..

mayor uniformidad entre legisladores, tratadistas y jurisprudencia de los más variados países, cuestión sobre la que es difícil encontrar posturas enfrentadas³.

La situación jurídica de los autores de las obras derivadas es de dependencia con relación al autor de la obra preexistente⁴. Esta subordinación de la obra derivada a la obra primitiva se manifiesta en un triple aspecto: en primer lugar, para que la explotación de la obra derivada sea lícita es necesaria la autorización del autor de la obra primitiva⁵, sin la cual constituiría una infracción del derecho de autor y, en muchos supuestos, la acción de transformar sin autorización puede llegar a inculparse como delictiva⁶; en segundo lugar, la propiedad intelectual que adquiere el autor de la obra derivada se limita a aquéllo que él mismo aportó, en su nueva versión, sin alcanzar a los elementos preexistentes en la obra primigenia; en último lugar, la obra derivada puede tener una dependencia contractual con respecto a la obra subyacente según los términos contenidos en la autorización o en el contrato de transformación.

El art. 9.º 1 utiliza la denominación de obra compuesta y la define como *"la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización"*. Los arts. 11 y 12 hacen referencia a las obras derivadas, pues aunque no utilicen expresamente el término, las contraponen

³ GONZALEZ GARCIA, A.: *"Las obras derivadas y su problemática jurídica. Planteamiento general. Posiciones doctrinales y jurisprudencia"*, en *"I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo I, pág. 545.

⁴ BONDIA ROMAN, *"Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información"*, Ed. Tribium, Madrid, 1988, pág. 173.

⁵ Como ha señalado PEÑA "una de las facultades integrantes del señorío del autor es la facultad de transformación, o la de autorizar la realización de obras derivadas" (*"Comentario..." cit.*, pág. 749).

⁶ VEGA VEGA, *op. cit.*, pág. 88.

a las obras originales⁷.

Se ha dicho que la distinción entre la obra compuesta y la obra derivada no está nada clara⁸. Por nuestra parte, nos sumamos a la opinión de quién considera un esfuerzo inútil intentar distinguir ambos conceptos, habida cuenta de que el régimen jurídico previsto por la Ley para ambos casos es básicamente el mismo⁹.

En cuanto al requisito legal previsto en el art. 9.º 1 LPI de la falta de colaboración del autor de la obra preexistente consideramos que no puede ser suficiente para "alargar" el período de protección de la obra preexistente como si se tratara de una obra en colaboración. Entendemos que, únicamente, existirá colaboración en la obra derivada; por tanto, la obra preexistente no podrá substraerse a su propio período de duración: la vida del autor y sesenta años después de su muerte.

Por estos motivos hemos preferido optar por el término *obra derivada* sobre el de *obra compuesta* por considerarlo más descriptivo del supuesto de hecho y para poder, así, incluir en una categoría única todos los posibles tipos

⁷ Esta duplicidad normativa la explica RODRIGUEZ TAPIA por las dos clasificaciones de obras contenidas en la Ley. Se establece, pues, una clasificación de las obras atendiendo al modo como fueron elaboradas, bajo la rúbrica común de "Sujetos".... En segundo lugar, la Ley ofrece una clasificación de las obras según el resultado obtenido y su comparación con las ya existentes al momento de su creación ("*Comentario al art. 9º*", en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 178-179). Se trata, por tanto, de dos clasificaciones de un mismo tipo de obra.

⁸ VEGA VEGA, *op. ult. cit.*, pág. 83. Este autor considera que un primer criterio de diferenciación vendría dado por el hecho de que en la obra compuesta se mantiene la integridad de la obra preexistente a la que se le añaden aditamentos intelectuales nuevos por otro autor, mientras que en la obra derivada, la aportación que se hace consiste en modificar la obra originaria transformándola. Un segundo criterio diferenciador lo tenemos en el hecho de que la obra compuesta nunca requerirá la colaboración del autor de la preexistente.

⁹ BERCOVITZ, "*Comentario al artículo 11*" cit., pág. 247. Más adelante este autor añade que le parece indudable que, en cualquier caso, la obra compuesta habría de considerarse como un caso de obra derivada, ya que aquélla implica que el autor de la obra derivada es distinto del autor de la obra originaria, mientras que la obra derivada no está sometida a semejante exigencia.

de obras derivadas sin que el contenido esté constreñido por una parca definición legal.

En las obras derivadas se manifiestan de modo notorio, dos de los límites a la propiedad intelectual de los autores: de una parte, el derecho de cita, en base al cual la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas no convierte a la primera en obra derivada, y por tanto, sujeta a la previa autorización (art. 32 LPI); de otra, no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma (art. 39).

1.2.- El derecho de transformación y el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra.

En nuestro ordenamiento, dentro de las obras derivadas se han de compaginar el derecho moral del autor a la integridad de la obra con el derecho patrimonial de transformación. El primero es irrenunciable e inalienable, el segundo, perfectamente cedible. Esto no es así en todas las legislaciones: En las legislaciones de la órbita anglosajona como el Acta estadounidense, se reconoce el derecho de transformación como derecho exclusivo¹⁰, pero no como derecho moral; en otros ordenamientos puede ocurrir lo contrario, la facultad de transformación es un derecho exclusivamente moral -adscrito, en ocasiones, al derecho a la integridad de la obra-, y no patrimonial¹¹.

Allí donde se reconoce la vertiente moral del derecho de autor, en virtud al carácter irrenunciable e inalienable de la facultad de exigir el respeto de la obra (art. 14. 4.º), los pactos por los cuales el autor de la obra originaria ceda la posibilidad de que el transformador deforme, modifique, altere o

¹⁰ WEINSTEIN, *op. cit.*, pág. 53 y 54.

¹¹ *Vid.* RIVERO, "Comentario..." *cit.*, pág. 414.

atente contra la obra de manera que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o un menoscabo a su reputación, serán nulos de pleno derecho y se tendrán por no puestos¹². La declaración aquí contemplada, por su trascendencia no patrimonial, no es encuadrable en la amplia disciplina de los actos propios¹³.

El art. 17 atribuye al autor el derecho exclusivo a la transformación de la obra y el art. 21 lo complementa al señalar que "*la transformación de la obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*". Empero para que la obra derivada sea lícita, además de la autorización del autor de la obra original, es preciso que sea respetada la integridad de la obra¹⁴.

La diferencia entre el derecho de transformación y los otros derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública) está en que mientras que éstos se refieren a la obra ya existente, teniendo por tanto un

¹² En este sentido, se ha señalado como no sería válido un pacto por el cual el autor autorizara a un tercero a modificar la obra a su arbitrio (VALERIO, E. & ALGARDI, Z.: "*Il diritto d'autore. Commento teorico-practico alla nuova legge italiana 22 aprile 1941*", Ed. Guiffre, Milano, 1943, pág. 140). En igual medida, ESPIN considera que para prestar la autorización se exige que la modificación sea conocida previamente, pues sólo de esa manera puede apreciar el autor el significado de la modificación. Por esta razón, cree este autor que la autorización previa dada al cesionario para introducir modificaciones con carácter general es nula como contraria a las normas de derecho necesario, como indudablemente es el artículo 14 y concordantes de la Ley. Unicamente la autorización para alguna alteración no sustancial podría escapar a esta nulidad ("*La creación literaria, artística o científica como fundamento de la propiedad intelectual de los autores*", Ed. Asociación colegial de escritores de España, núm. 20, enero 1988, pág. 46).

¹³ RAMS ALBESA, J.: "*Comentario al artículo 21*" en "*Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*", dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo V, vol. 2.º, Ed. Edersa, Madrid, 1994, en prensa.

¹⁴ Cita PEREZ SERRANO como ejemplo típico de abuso en la materia, el caso ocurrido en Francia al poeta católico Francis Jammes, que fue correctamente solucionado por la jurisprudencia. Dicho escritor había autorizado a Bouillot para que en un *Manual de lecturas infantiles* reprodujera extractos de sus composiciones; pero, al hacerlo, se suprimieron los nombres de la Santísima Virgen, el Señor, Dios, etc. Más aún, se sustituían por un pronombre indefinido, e incluso se transformaba a San Vicente de Paúl en un honrado obrero que recogía niños abandonados. A pesar de que el propio PLAISANT defendió a Bouillot, alegando que se trataba tan sólo de una crestomatía, fue condenado a suprimir por completo los textos y a indemnizar 2.000 francos ("*El derecho moral...*" cit., págs. 19-20).

carácter actual, aquél mira a la obra tal y como resultará después de la transformación, lo que le da una perspectiva virtual de futuro¹⁵. Por ello, cuando la cesión versa sobre un contrato de edición o de representación, el deber de respeto por parte del cesionario es absoluto¹⁶. La incertidumbre sobre el resultado de la nueva obra puede provocar que la autorización dada para la realización de la obra derivada resulte insuficiente para legitimar a la nueva obra, si ésta transgrede el derecho moral al respeto a la integridad de la obra primitiva.

Por mor de este encabalgamiento de las obras derivadas entre el derecho moral y el derecho patrimonial, se ha señalado que con ello se ofrece así al autor un amplio abanico de posibilidades de defensa contra intromisiones ilegítimas por parte de terceros que, sin su consentimiento, modifiquen su obra¹⁷. Ahora bien, el verdadero problema surge cuando ha mediado una cesión de los derechos de transformación, a pesar de la cual, el autor siente que el transformador ha lesionado la integridad de su obra, pues no se adapta al espíritu de la misma.

Consecuencia del ámbito de libertad creativa que como creador ostenta, no se puede imponer al adaptador una fidelidad servil a la obra primitiva¹⁸. El transformador podrá gozar de un mayor o menor ámbito de

¹⁵ PIOLA-CASELLI, *"Diritto di autore"*, cit., pág. 492.

¹⁶ MICHAELIDES-NOUARIOS, G.: *"Le droit moral de l'auteur"*, Ed. Rousseau, Paris, 1935, pág. 260 y ss. En nuestra opinión, este respeto extremo a la integridad de la obra también podemos encontrarlo en algunos tipos de transformación. Así, un traductor únicamente tendrá libertad en la elección de los términos en la lengua dada pero no podrá alterar el contenido. Por ello, se ha señalado que las traducciones deben implicar rigurosamente la recreación artística en la lengua escogida de la obra originariamente creada en otra lengua (GIANNINI, A.: *"La protezione delle trasformazioni delle opere dell'ingegno"*, IDA, I, 1952, pág. 162).

¹⁷ GONZALEZ GARCIA, *op. cit.* pág. 550.

¹⁸ Una fidelidad extrema a la obra preexistente puede redundar en menoscabo de la versión adaptada. Con ocasión de la adaptación al cine de la novela de Flaubert *"Madame Bovary"*, Julián MARIAS ha señalado como "el respeto de Claude Chabrol [transformador] por el libro es muy grande, probablemente excesivo. Todos los diálogos -dice- son frases de Flaubert. Creo que ahí reside un elemento de error. El diálogo narrativo, que no tiene más

elección para la adaptación de la obra al nuevo medio de expresión¹⁹. Pero puesto que la autorización es completamente discrecional del autor, éste puede haber condicionado contractualmente dicha autorización al respeto de ciertos límites. En cierta medida, da la impresión de que el derecho moral fuera disponible, pero no lo es: ya hemos dicho como son nulos todos los pactos al respecto.

El tema se empaña aún más si se tienen en cuenta los grandes desembolsos que en ocasiones la transformación conlleva, especialmente patentes en el campo cinematográfico. La apreciación del autor de la obra subyacente de atentado contra la misma puede responder incluso a un abuso de derecho.

En un intento por conjugar tanto los intereses del autor originario como los de el autor de la adaptación y del productor, mientras se dejen de lado

que la palabra, no puede ser igual que el teatral o cinematográfico, que dispone de la corporeidad del personaje, su voz, su gesto y el contexto visible. Para ser verdaderamente fiel tiene que ser recreado en otra forma, según las exigencias del nuevo género. Los diálogos reales, grabados y trasladados a una novela resultan "falsos", y lo mismo sucede a la inversa" ("*Madame Bovary*", en *Blanco y negro*, semanario, 19 julio 1992, pág. 8). El ejemplo nos parece especialmente significativo puesto que Flaubert se había negado a que su *Bovary* fuera escenificada. Lo consintieron sus herederos (GIANNINI, *op. cit.*, pág. 156).

En relación al grado de fidelidad que deben guardar las obras derivadas con respecto a la obra original, NEVINS divide las posiciones jurisprudenciales en un abanico que se mueve entre dos extremos: en un extremo los partidarios de lo que podría llamarse el "modelo apéndice", en el cual la obra derivada se ve como una entidad cuyos valores estéticos y legales están determinados por su relación con la obra fuente que le sirvió como base. En el otro extremo está el llamado "modelo del libre agente", en el cual la obra derivada, una vez creada con el consentimiento del autor de la obra puente, es como si viviera su propia vida tanto en su valor estético como en su *status* legal, determinado por sus propias cualidades, en vez de por su relación con la obra subyacente. A esta última visión más moderna es a la que NEVINS se suma ("*The Doctrine of Copyright Ambush: Limitations on the Free Use of Public Domain Derivative Works*", *Saint Louis University Law Journal*, no. 25 (1981), pág. 60 y ss.). Para nosotros, la objeción de esta clasificación reside en incluir en una misma categoría los aspectos estéticos y los legales.

¹⁹ Parece contrario a esta opinión FABIANI, quién siguiendo a LIGI ("*La tutela dell'individualità dell'autore nella integrità della sua opera*", *IDA*, 1961, pág. 477), y como consecuencia de la ineficacia del derecho moral a la integridad de la obra contra las modificaciones que no den lugar a un perjuicio contra el honor o la reputación del autor, considera que tales transgresiones encontrarían mejor amparo por medio de la protección a su personalidad y, por consiguiente, a su individualidad ("*Le Droit de l'auteur a l'intégrité de son oeuvre*", *RIDA*, no. 42 (1964), pág. 79 y ss.).

las renunciaciones anticipadas y generales, se observa que los autores han sabido buscar fórmulas de compromiso que consisten unas veces, en una advertencia al público indicando los elementos de la obra cuya responsabilidad y paternidad se niega a asumir el autor, y otras, cuando la adaptación es demasiado infiel, en la supresión de los elementos de referencia a la obra anterior, es decir, el título y el nombre de los personajes. El autor evita así una asociación que le sería perjudicial²⁰. El mejor cauce para garantizar los derechos morales del autor es condicionar, por vía contractual, el uso de los elementos distintivos de la obra a la satisfacción del autor con el resultado de la adaptación²¹.

En otras ocasiones, la solución adoptada es contratar al propio autor de la obra original para que colabore en la realización de la obra derivada. Esta técnica es muy utilizada por las compañías cinematográficas²². Está comúnmente aceptado que el derecho del autor de la obra originaria a modificar su propia obra es absoluto siempre que se respeten los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de los Bienes de Interés Cultural (art. 14. 5.º). Por medio de esta colaboración se salvan los posibles obstáculos que el derecho a la integridad de la obra originaria pudiera plantear.

En cuanto a la duración del derecho al respeto *post mortem auctoris*,

²⁰ RISTICH de GROOTE, M.: "*Les personnages des oeuvres de l'esprit. Approche du droit français*", RIDA, núm. 130 (1986), pág. 47. La autora señala ahí como esta última solución fue la adoptada por el TGI del Sena 13 de junio -30 de noviembre de 1961, D. 1962, pág. 173- para *Diálogo de Carmelitas* y por el Tribunal de París 28 de marzo de 1968, D. 1968, pág. 742 en el caso de *El Santo*.

²¹ Cfr. DESBOIS, *op. cit.*, pág. 768 y ss.

²² Como ejemplo de esta práctica, en 1931 Edgar Rice Burroughs, creador de *Tarzán* a través de veintitantas novelas, fue contratado por la Metro-Goldwyn-Mayer por la suma de \$20.000 y por la paga de \$1.000 por semana durante cinco semanas como asesor y consejero para crear y escribir una historia original, utilizando el personaje de *Tarzán*, creado originalmente por el autor (HOWELL, D. J.: "*Intellectual Property and the Protection of Fictional Characters: Copyright, Trademark or Unfair Competition?*", Ed. Quorum Books, New York, NY, 1990, pág. 148).

el art. 15 atribuye el ejercicio de este derecho "*sin límite de tiempo*" al albacea literario o a los herederos del autor; y el art. 16, a falta de los anteriores, legítima al Estado, a las Comunidades Autónomas, a las Corporaciones Locales y a las instituciones públicas de carácter cultural²³.

Con el fallecimiento del autor el derecho moral se transforma. La jurisprudencia francesa consideraba que los derechos morales *post mortem* eran a la vez un derecho y un deber a la memoria de los autores²⁴. El poseedor de los derechos morales se convierte en un guardián de la obra. De ahí que en algunas legislaciones se admita la posibilidad de remoción del ejecutor por serios motivos (p. e., § 2.227 del BGB y art. 710 del Código civil italiano); e idéntica regla podría aplicarse a los herederos del autor²⁵.

A la muerte del autor, el derecho al respeto de la integridad de la obra se transforma constituyendo más un deber que un derecho. Sin embargo, el derecho de transformación se transmite a los herederos como verdadero derecho de contenido económico. Ahora bien, el derecho de transformación estará limitado por el deber de respeto a la integridad de la obra; por eso, este derecho debe proteger no sólo contra modificaciones que puedan resultar perjudiciales para el honor o reputación del autor, sino también contra otras modificaciones o usos de su obra que sean contrarias a sus intereses o que produzcan la distorsión de sus ideas, su estilo personal o sus concepciones

²³ PEREZ SERRANO observa como puede establecerse una pugna peligrosa entre los derechos morales del autor y los parientes que hereden los derechos económicos. En cuanto a la posibilidad de que sea el Estado, por medio de sus órganos culturales, o por voz del Ministerio fiscal, quien asuma el ejercicio del derecho moral, provoca asimismo dificultades, porque la pasión política puede nublar el recto enjuiciamiento, y porque la burocracia apática no es el mejor guardián de facultades tan excelsas como sensibles. Finalmente -observa-, implantar una especie de *actio popularis* sólo serviría para producir el caos (*op. cit.*, págs. 24-25).

²⁴ Vid. COLOMBET, *op. cit.*, pág. 186.

²⁵ Así lo propone *de lege ferenda* MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, G.: "*Protection of the Author's Moral Interests after his Death as a Cultural Postulate*", Copyright, February 1979, pág. 37.

literarias, artísticas o científicas²⁶.

El derecho de transformación, como derecho de explotación que es, se transmite a los herederos del autor de la obra originaria. En la legislación española por analogía con el art. 40 LPI, parece que, en principio, una vez fallecido el autor, mientras se respete la integridad de la obra no estarían sometidos a la voluntad del autor contraria a futuras adaptaciones²⁷.

Finalmente, el párrafo 2.º del art. 42 dispone que *"las obras en dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra..."*²⁸.

Tristemente, en la práctica, las obras de autores fallecidos quedan a merced del escrúpulo mas o menos laxo del transformador y de la ambición de sus herederos, si aún están en período de protección. Mientras que el derecho a la paternidad es indubitadamente perpetuo, la práctica demuestra la ineficacia a la hora de defender la integridad de las obras cuando se conjuga con el derecho de transformación²⁹.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ En contra, aunque en relación a la anterior legislación, LACRUZ, *"El ejercicio post mortem auctoris del aspecto moral de la propiedad intelectual"*, Rev. Temis, n.º 11, 1962, pág. 38.

Quizá pudiéramos proponer que el autor se valiera de un método idóneo para limitar los derechos patrimoniales de sus herederos: establecer una sustitución fideicomisaria en la que imponga al instituido como carga que no autorice la adaptación de sus obras

²⁸ RODRIGUEZ TAPIA deduce de aquí que aunque la obra pase al dominio público, sigue existiendo para todos el deber de protegerlas (*"Siete derechos ..."* cit., pág. 318).

²⁹ Conviene señalar sin embargo, la interesante solución que dieron los Tribunales suecos considerando un atentado contra los derechos morales de los Evangelistas una película sobre la vida de Jesucristo que presentaba aspectos poco ortodoxos.

1.3.- Mera inspiración y obra derivada. ¿Cabe la obra derivada de distinto género o arte?

Para que la creación intelectual tenga la calificación jurídica de obra original no es necesario que surja *ex nihilo*. La mera inspiración en una obra anterior no sólo es lícita y no constituye plagio sino que tampoco da lugar a una obra derivada³⁰. El traspaso de obra, de una forma a otra, puede considerarse como la simple idea o la sustancia de la idea que pertenecen a la "fase genética de producción de la obra"³¹.

La inspiración entra dentro del supuesto de libre utilización de las ideas que contribuye al enriquecimiento del acervo cultural. Si la protección jurídica se extendiese también al contenido de la obra, la propiedad intelectual se constituiría en un obstáculo a la libertad de pensamiento y creación³².

Cuando se trata del préstamo de ciertos elementos, -reconocibles como pertenecientes a determinada obra-, que no están protegidos por la propiedad intelectual, se nos plantea si es necesaria la autorización del autor o si son *publici iuris*. Con relación a la industria cinematográfica se ha señalado como en muchas ocasiones Hollywood adquiere los derechos de adaptación de obras que luego transformará de tal forma que lo único reconocible será, si acaso, el título. Su utilización no hubiera constituido infracción del derecho de autor, puesto que lo que ha tomado prestado han sido las ideas y no la expresión y sin embargo pagan pingües cantidades por la adquisición de los

³⁰ En este sentido, señala FABIANI como para que haya elaboración, en la obra nueva debe poderse reconocer, además de la actividad creativa del elaborador (esencial para que la elaboración sea tutelada), la individualidad personal del autor de la obra preexistente. En caso contrario, no debería hablarse de elaboración, sino de obra originaria ("*Il diritto d'autore nella giurisprudenza*", seconda edizione, Ed. Cedam, Padova, 1972, pág. 37).

³¹ FRANCESCHELLI, R.: "*Trattato di diritto industriale*", Ed. Giuffrè, Milano, 1960, vol. II, pág. 618.

³² BAYLOS CORROZA, H.: "*Disquisiciones sobre el plagio*", República de las Letras, Revista de la Asociación Colegial de Escritores, núm. 20, enero 1988.

derechos de transformación. La respuesta a esta política de las compañías cinematográficas reside en que con ello se están comprando la utilización de elementos -fundamentalmente títulos y nombres de los personajes- que, aunque no protegidos por el *copyright*, pueden estar protegidos a través de la doctrina de la competencia desleal o del derecho de marcas. Además la adquisición por anticipado del derecho de transformación, le asegura al productor la libertad de utilizar elementos protegidos por la propiedad intelectual si más adelante lo estima oportuno³³.

Desde el punto de vista contrario, si no se obtuvo la autorización del autor de la obra subyacente, pero se tomaron prestados elementos que exceden de aquéllos que pueden ser libremente utilizados sin caer en el régimen de las obras derivadas³⁴, se corre el riesgo de no poder explotar lícitamente la obra nueva, pudiendo caer incluso en plagio si se omite el autor de la obra original. Por esta razón, cuando se invierten grandes sumas en un proyecto es preferible asegurar la legalidad de la futura obra mediante la autorización previa.

Como consecuencia de la libre utilización de los elementos no

³³ GOLDSTEIN, P.: "*Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*", The Journal of the Copyright Society of the USA, no. 30, (1983), págs. 219 y 220.

³⁴ Tras un exhaustivo análisis jurisprudencial, COLOMBET (*op. cit.* págs. 34-38) entre los elementos susceptibles de ser utilizados libremente señala las ideas en las obras noveladas, los hechos y su cronología en las obras que tienen por objeto la relación de acontecimientos; entre los que no pueden ser utilizados sin incurrir en obra derivada: dentro de la composición, el encadenamiento de episodios y elección de éstos; y de la expresión, los términos idénticos, la manera comparable de relatar la historia; porque la originalidad de la obra literaria se encuentra de una parte en el dinamismo de la composición ordenadora del movimiento y del vocabulario, de otra parte la estática de la expresión acabada en la forma definitiva.

Finalmente, COLOMBET lamenta que la Corte de casación haya rehusado controlar la distinción entre obras absoluta y relativamente originales, al ver en ello una cuestión de hecho, cuando el análisis de los préstamos podría considerarse un problema de calificación, buscando si llevan solamente elementos de dominio público o elementos protegidos.

Por nuestra parte, creemos que no caben obras derivadas híbridas: una vez que aparezca algún elemento protegido estaremos ante una obra derivada y, por tanto, será necesaria la autorización. Autorización que no cabe más que en términos absolutos. Tampoco parece viable exonerar a las obras relativamente originales de la carga de la autorización pero someterlas al pago de una compensación.

susceptibles de constituir infracción, la obra derivada ha sido definida en sentido negativo, únicamente como aquélla que hubiera sido considerada infracción si el material derivado de la obra preexistente hubiera sido tomado sin el consentimiento del titular del derecho de autor de tal obra preexistente. Esta obra sólo se salva de constituir infracción porque el material prestado o copiado ha sido tomado con el consentimiento del titular de la obra anterior, o por que dicha obra anterior estaba en el dominio público³⁵.

Cabe preguntarse si los supuestos de transformación de un género o arte a otro diferente han de cumplir con los requisitos de licitud de las obras derivadas o si, por el contrario, se trata siempre de casos de mera inspiración y por tanto libremente utilizables³⁶. La doctrina italiana considera que dentro de este trasvase artístico hay campo para las transformaciones³⁷.

³⁵ NIMMER, "Nimmer on Copyright...", cit. § 3.01

³⁶ Para ilustrar esta posibilidad baste señalar que el propio Dickens fue acusado de piratería en conexión con su obra *The Pickwick Papers*. En su prefacio narra como los Srs. Chapman y Hall, le sugirieron que publicarían una serie de cuentos basados en las ilustraciones de un artista llamado Seymour y con el texto del joven Dickens. En nada de tiempo Dickens se apoderó del personaje y Seymour se suicidó (WINCOR, R.: "Right Contracts in Communication Media", Ed. Law & Business Inc., New York, NY, 1982, págs. 22 y 23).

³⁷ Vid. GRECO, P.: "Il diritto esclusivo di elaborazione e la possibilità della trasformazione per opere letterarie ed opere figurative", en "Studi in onore di Valeri", Ed. Giuffrè, Milano, 1955.

La jurisprudencia italiana ha reconocido el carácter de obra derivada en una obra de una empresa *cartaria*, la cual había comercializado unas reproducciones de ilustraciones y temas de algunas aventuras de novelas de Salgari con indicaciones del novelista y con la moraleja correspondiente a la escena representada (vid. VARRONE, "Manuale..." cit. pág. 18). En contra, FABIANI quien, -al poner como ejemplo de la obra de D'Annunzio "Figlia de Jorio" derivada de la obra pictórica del mismo nombre de F. P. Michetti o de un retrato inspirado en la representación literaria del protagonista de una novela-, observa que: "en este caso se está en presencia de una simple transformación de la idea o del material de la idea de la obra preexistente (y se ha visto que las ideas no forman parte de los elementos tutelables de la obra del ingenio), pero no de una verdadera y propia derivación de expresión formal de una obra en otra" (op. y loc. cit.). Por su parte, WEINSTEIN incluye, entre otros ejemplos posibles de obras derivadas, la transformación de un objeto tridimensional en bidimensional y viceversa o un retrato o escultura basados en una fotografía o viceversa (op. cit., pág. 27). También caben transformaciones derivadas de la "mise en scène" coreográfica de una canción, como ha ocurrido en el caso de *La Lambada*, si bien aquí faltando la autorización y pretiriendo a los autores de la canción original, se ha incurrido en plagio (cfr. RODRIGUEZ GARCIA, C. J.: "Una nueva sistematización jurídica de las propiedades especiales", Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 136 y ss.).

Esta tesis ha sido muy criticada en base a que sobrepasa y rompe los esquemas sobre los que opera tanto la idea de transformación como la de obra derivada. Se pone, por vía de ejemplo, cuando la contemplación de un cuadro o de un grupo escultórico, y el "argumento" que puedan tener, inspiran un poema, una novela a un escritor, o una composición musical a un músico. Estos han aportado ideas, acción, diálogos, personajes con una vida que no tenían en el cuadro o la escultura. Son de nueva y exclusiva creación del escritor o del compositor y tienen una forma exterior y de expresión absolutamente diferentes a aquellas obras en las cuales se inspiraron. Por ello, se ha dicho que la transformación se reduce a cambios dentro del mismo género artístico (de poesía a novela, de ésta a drama o a un guión cinematográfico, etc.), mas no cuando se cambia de medio de expresión (del color o del volumen a la palabra o a la música, o viceversa)³⁸.

Por nuestra parte, consideramos que, si bien, en términos generales, es cierto, y lo habitual dentro de los cambios de arte sea que únicamente haya habido inspiración, creemos no obstante que para ver si ha habido transformación no hay que atender a la disparidad de los géneros sino a si hubo mera inspiración (y sólo se tomaron ideas no protegibles) o si se tomaron en mayor o menor medida elementos normativos de la obra preexistente³⁹, igual que si se tratara de la transformación de obras dentro del mismo arte.

³⁸ RIVERO HERNANDEZ, F.: "Comentario al artículo 21", en "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" cit., pág. 419.

³⁹ Por esta postura parece decantarse RODRIGUEZ TAPIA. Señala que para que haya transformación parece que tiene que haber un mínimo de incorporación, de tal manera que en la obra nueva sea reconocible mínimamente la obra anterior. Pone un ejemplo muy ilustrativo: imagina un ballet, titulado *Guernica* (denominación geográfica, en principio, inapropiable) que incorporara los personajes del cuadro de Picasso como personajes del ballet. Para este autor, la obra coreográfica tendría demasiados elementos comunes con la obra pictórica como o para no ser obra compuesta y, por tanto, su explotación exenta de autorización. Dichas obras suelen estar inspiradas no en obras anteriores, sino en el éxito de las mismas, cuya estela pretenden recoger, normalmente adoptando (incorporando) aquellos elementos (título, nombres de los personajes o figuras) que los hacen más reconocibles por el público y que ayudarán a lanzarlos al mercado ("*Comentario al artículo 9.º*" cit., pág. 186).

El problema se presenta con especial virulencia en los supuestos de utilización de los personajes⁴⁰. En principio, parece claro que se puede transponer un héroe novelesco al lienzo pues se tratará de un caso de mera inspiración. Además se ha añadido que no daña la explotación económica de la obra escrita, y, por otro lado, el proceso imaginativo es tan completo en el caso de una ilustración como en el una composición cualquiera⁴¹.

Pensemos, por ejemplo, en un personaje de *comic* sin texto que es trasladado a una novela, al cine o al teatro⁴² o un personaje radiofónico que sea representado en forma figurativa (diseño o *poster*)⁴³. Según algunos especialistas, el paso de un orden a otro, concierne más a la idea o a la sustancia que a la forma, y no habría que pedir la autorización del primer autor para transponer al héroe. En realidad, no cabe duda de que la adaptación del personaje está sometida a autorización, y que en caso de una reproducción ilícita de sus características principales o de su nombre, los jueces analizarán al héroe, como analizan cualquier obra intelectual, considerando el parecido entre ambas⁴⁴, y no aplicando soluciones apriorísticas en base a la independencia de los géneros o de las artes.

En cambio, el paso de una obra literaria o plástica a una composición

⁴⁰ La doctrina parece unánime en que el personaje de fantasía fuertemente caracterizado constituye obra del ingenio y, como consecuencia, corresponde al autor el derecho de elaboración y modificación. En este sentido, véase VARRONE, *op. cit.*, pág. 41 y ss. *Vid.* también RISTICH de GROOTE, *op. cit.*, págs. 23 y ss., quién clasifica en tres grupos los signos distintivos que confieren personalidad propia al héroe: 1) características físicas, 2) entorno y vida privada, y 3) nombre.

⁴¹ SAPORTA, M.: "*Quelques notes sur la création des «personnages»*", RIDA, núm. 11 (1956), págs. 69-71.

⁴² *Ibidem*, págs. 71-79. Ante la eventualidad de que el personaje de un *comic* sea utilizado en el teatro, SAPORTA distingue según el texto utilice el nombre del personaje, -lo cual, sería tan ilegítimo como en una novela-, como si el texto sin utilizar dicho nombre deja a los actores la facultad de evocar al personaje, caso que sería perfectamente legítimo.

⁴³ La Audiencia Colegial italiana de 6 de noviembre de 1981 admitió la existencia de obra derivada en relación al personaje *Scarpantibus*, citado por VARRONE, pág. 41 y ss.

⁴⁴ RISTICH de GROOTE, *op. cit.*, pág. 49.

musical, o viceversa, no puede dar lugar a una obra derivada, ya que no existe entre ellas parecido formal alguno, aunque será distinta la valoración cuando se pasa de una obra literaria a una composición musical con letra⁴⁵.

1.4.- Clases de obras derivadas.

Obras derivadas son las que traen causa de una obra anterior en la cual se basan; por ello, una primera clasificación podría determinarse a partir de los tres tipos de obra subyacente en los que puede descansar una obra derivada: en una obra que esté en dominio público, en una obra que aún se encuentre en período de protección con permiso del titular de la propiedad intelectual, o en una obra protegida que sea reelaborada por su propio autor⁴⁶. Pero a esta clasificación deberíamos añadirle un cuarto tipo de obras; las obras que derivan de una obra protegida aunque no hubieran obtenido la autorización del autor de la obra preexistente, pues aunque su explotación sea ilícita, sus autores también ostentan ciertos derechos.

La doctrina francesa⁴⁷, atendiendo a la originalidad de las obras derivadas, distingue en ellas tres categorías: 1.º) obras originales por su *composición*, siendo la expresión la misma que en la obra preexistente. Es el caso de las antologías y colecciones; 2.º) obras originales por su *expresión*. En ellas la composición permanece idéntica a la obra primitiva, como ocurre

⁴⁵ BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 249. Aunque la nueva obra tome el mismo título original de la preexistente en la cual se ha inspirado, no se trata de una obra derivada y la protección del título encontrará un cauce más adecuado en el derecho de la competencia y en el derecho de marcas.

⁴⁶ NIMMER, "*Nimmer on Copyright. A Treatise...*" *cit.*, pág. 165. El admitir este concepto amplio de la obra derivada permite dar soluciones a problemas como el derivado de la coautoría en la obra derivada con el autor de la obra preexistente o la falta de respeto a los derechos morales del autor fallecido cuya obra ha caído ya en el dominio público. Entre nosotros, PEÑA es también partidario de conceptuar legalmente a las refundiciones hechas por el mismo autor como *otra* obra (art. 27 LPI [de 1879]), "*Comentario...*" *cit.* pág. 749, el subrayado es suyo.

⁴⁷ Representada fundamentalmente por DESBOIS, "*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 159 y ss., y COLOMBET, *op. cit.*, pág. 33 y 87. Entre nosotros adopta esta misma clasificación ESPIN CANOVAS, D.: "*El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual*", RJE La Ley, III-1986, pág. 980.

con las traducciones; 3.º) obras originales, tanto por su *composición*, como por su *expresión*; es el caso de las adaptaciones.

También se distingue según que la obra nueva constituya una *incorporación material* -como las antologías, por ejemplo-, o se trate de una *incorporación intelectual*, como es el caso de las traducciones, dónde no puede decirse que esté verdaderamente incorporada la obra nueva. Como ya quedó dicho, la fórmula legal de la obra compuesta contenida en el art. 9.º 1 iría referida tan sólo a los supuestos de incorporación material.

La clasificación legal aparece en el art. 11 LPI que al igual que la gran mayoría de las legislaciones ofrece un listado abierto. Este artículo distingue implícitamente, según el origen de las obras, entre *originales* y *derivadas*⁴⁸, haciendo luego una enumeración de éstas últimas: "*Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual:*

- 1.º *Las traducciones y adaptaciones:*
- 2.º *Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.*
- 3.º *Los compendios, resúmenes y extractos.*
- 4.º *Los arreglos musicales.*
- 5.º *Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica."*

Por su parte, el art. 12 viene a añadir: "*las colecciones de obras*

⁴⁸ Ya vimos como las obras derivadas para ser consideradas creaciones intelectuales también han de contener un componente de originalidad. Por ello, el art. 11, al contraponer las obras derivadas a las originales, no se refiere al concepto de originalidad en el sentido del art. 10 -como requisito de protección-, sino que alude a una originalidad relativa. Precisamente, DESBOIS explica este doble significado de la originalidad de las obras diciendo que "unas son absolutamente originales y otras, relativamente originales" (*op. ult. cit.*, págs. 9 y 10). Hubiera sido más correcto contraponer a obra derivada, la obra preexistente (*vid. BERCOVITZ, op. ult. cit.*, pág. 248) en vez de a la obra original.

ajenas, como antologías"⁴⁹.

1.4.1.- Traducciones.

La traducción es una verdadera obra del ingenio fruto de la actividad de creación intelectual que constituye el expresar en otro idioma distinto la obra del pensamiento del autor⁵⁰. Sin embargo, no se puede ver en la traducción una obra distinta de la preexistente⁵¹, razón por la cual la licitud de

⁴⁹ RIVERO HERNANDEZ matiza que aunque estas colecciones son también obras derivadas no son, sin embargo, verdaderas obras transformadas, o resultado de una transformación de las originales en el sentido del artículo 21, porque en esas colecciones de obras se reúnen, íntegras o en parte, las originales correspondientes, más sin modificación formal ni cambio externo (*op. cit.*, pág. 421). La única consecuencia jurídica que nosotros encontramos es que en caso de no mediar la autorización del autor de la obra coleccionada, se infringe sólo el derecho de reproducción, mientras que tratándose de una obra transformada se infringe también el derecho de transformación e incluso la facultad moral de integridad de la obra.

⁵⁰ "El carácter de cada lengua otorga a la obra traducida una fisonomía propia; y el traductor no es un simple obrero. Él mismo participa de la creación derivada sobre la cual tiene propia responsabilidad" (SAVATIER, R.: *"Le droit de l'art et des lettres"*, Ed. Librairie Générale, Paris, 1953, § 207, citado por COLOMBET, *op. cit.*, pág. 39). El carácter creativo de la elaboración ha sido reconocido, incluso, en el caso de la traducción de los diálogos de una película en sede de doblaje (Pret. Roma, 24 agosto 1971, in *Giur. di merito*, 1972, pág. 119).

Como obra del ingenio ha de ser protegida incluso frente al plagio. Para apreciar la existencia del mismo será de particular relevancia la prueba pericial, como pone de manifiesto la STS de 29 de diciembre de 1993 que condena a D. Manuel Vázquez Montalbán a que indemnice al recurrente por las ganancias obtenidas como consecuencia de una traducción que le fue encargada por el Centro Dramático Nacional.

⁵¹ Por esta coincidencia entre la obra original y la obra traducida, RAMS estima que la obra traducida carece, por principio, de la originalidad que debe exigirse a una creación para que sea objeto de propiedad intelectual, en definitiva no es una obra nueva (con independencia del mérito del traductor, es más a mayor mérito menor originalidad y menor novedad) y generará en favor del traductor aquellos derechos patrimoniales que se deriven del contrato o de la autorización del autor; derechos que por su origen (derivación) y por su imposibilidad de subsunción en los artículos 1.º y 2.º de la Ley no son de propiedad, reciben esa protección pero no lo son, son derechos funcionales que sirven para la delimitación protectora de lo que es nuevo en la versión de una obra que, aunque transformada, se mantiene bajo la propiedad intelectual de su creador, aunque es plenamente admisible que el traductor pueda ejercer en el ámbito de su idioma todas las facultades patrimoniales sobre su versión, siempre y cuando estas facultades patrimoniales hayan sido objeto de cesión expresa en su favor (*"Comentario al artículo 21" cit.*).

su explotación está condicionada a la autorización del autor de la obra original⁵², pues, al igual que en las demás obras derivadas, la ilicitud no reside en la transformación en sí, sino en su posterior explotación⁵³.

No son objeto de propiedad intelectual las traducciones oficiales de las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos (cfr. art. 13 LPI).

Se ha descartado la existencia de obra protegible cuando se trata de traducciones estrictamente literales de obras rutinarias y/o carentes de extensión o complejidad: cartas comerciales, telegramas, programas, guías, etc. Pero, verdaderamente se trata de casos en los que lo que se cuestiona es la condición de obra de tales escritos⁵⁴ incluso en su versión original.

La venta de la obra traducida se asimila a la traducción⁵⁵. Esto es consecuencia de que, como ya ha quedado sentado, la ilicitud reside en la divulgación no autorizada de la obra derivada y no en su creación⁵⁶.

⁵² No siempre se vió este derecho de control del autor de la obra original de forma tan clara. Juristas del prestigio de PIOLA-CASSELLI ("*Diritto di autore*" cit., pág. 496; que sin embargo considera que el perjuicio económico es patente incluso entre los lectores bilingües que opten por la lengua que les resulte más familiar) o RENOUEAU (citado por MYERS, G.: "*La protection du droit d'auteur dans la jurisprudence française. Traduction-reproduction-adaptation*", Ed. Recueil Sirey, Paris, 1933, pág. 23) sostienen que la gloria del escritor y hasta la posibilidad de ganancia aumentan con la traducción, no pudiéndose asimilar la falta de autorización para la reproducción a la falta de autorización para la traducción.

⁵³ Por eso, -creemos-, tampoco es necesaria la autorización del autor de la obra preexistente cuando se trata de la traducción para su cita, puesto que al citar no se está explotando la obra citada.

⁵⁴ BERCOVITZ, *op. últimamente cit.*, pág. 252.

⁵⁵ MYERS, *op. cit.*, pág. 25.

⁵⁶ Este hecho puede ser de trascendencia si se tiene en cuenta que tanto la Convención Universal sobre el Derecho de Autor (arts. V, 2, *V ter. a y c*) como el Convenio de Berna (art. II del anexo) establecen ciertas limitaciones al derecho de los autores con respecto al derecho de traducción para los países en vías de desarrollo, previendo un sistema de licencias obligatorias. Para un análisis del funcionamiento de las licencias obligatorias (vid. LOREDO HILL, "*Derecho autoral*" cit., págs. 113 y ss. y FABIANI, M.: "*Questioni di attualità in tema di protezione dei traduttori*", IDA, 1968, pág. 276). Aunque dispone el art. V, 2, e) de la

Como resultado de la interrelación entre el derecho irrenunciable e inalienable al respeto a la integridad -art.14. 4.º- y el derecho patrimonial de transformación -art. 17-, el derecho que adquiere el cesionario del autor mediante el contrato de transformación parece, en principio, como un negocio *intuitus personae*, y cuya consecuencia es la intransmisibilidad del cesionario salvo el consentimiento expreso del cedente (art. 49.1 LPI). A propósito de la traducción, en cambio, parece posible que el derecho de transformación sea cedido con cierta indeterminación en la persona del traductor⁵⁷.

La cesión puede originarse de dos maneras: la menos frecuente será aquella en la que el autor ceda al traductor la facultad de publicar y reproducir en otra lengua su obra literaria o científica, sino que lo más corriente será que el autor celebre con un editor un contrato de edición en determinada lengua (art. 62. 1) y éste, a su vez, ordene a otra persona que realice la traducción, la cual puede tener lugar bien como consecuencia de una relación laboral o a través del instituto del contrato de obra⁵⁸. En el caso más habitual, entonces, el autor delega la facultad de elegir al traductor en el editor-cesionario.

La razón de ser de esta posibilidad de indeterminación del transformador radica en que dada la fidelidad que la traducción ha de guardar respecto del original, no cabe que el derecho moral quede por ello

Convención de Ginebra que que "la importación y la venta de los ejemplares en otro Estado contratante serán posibles sólo si tal Estado tiene una lengua de uso general idéntica a la cual haya sido traducida la obra, si su legislación nacional permite la licencia y si ninguna de las disposiciones en vigor en tal Estado se opone a la importación y a la venta...". Esto es, en aquéllos Estados no comprendidos en el artículo anterior será ilícita la venta de dicha obra derivada. En esta materia serán de especial relevancia los acuerdos sobre propiedad intelectual tomados en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

⁵⁷ Sobre si el negocio de cesión del derecho de transformación es un acto *intuitus personae* ya volveremos en el § 3.1.2.2. de este mismo capítulo. Baste ahora una referencia concreta con respecto a la traducción.

⁵⁸ TORRES GARCIA, T.: "Comentario al artículo 62" en "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" cit., pág. 978.

comprometido. No obstante, en aquellos casos en los cuales el autor autorice directamente al traductor-cesionario, éste no podrá ceder a su vez su derecho si no cuenta con el consentimiento expreso del autor-cedente, pues se tratará de un contrato *intuitus personae*.

Como afirmación más teórica que práctica se ha señalado que el derecho exclusivo de autor comprende también la retraducción a la lengua original⁵⁹, pero creemos que esta autorización sólo sería válida mientras no transgreda el derecho moral a la integridad de la obra original, ni menoscabe su reputación.

En una situación parecida se encuentran las traducciones que podríamos llamar "auténticas": las realizadas por el propio autor (bilingüe) de su obra original. Si en vida, el propio autor autoriza una nueva traducción no parece que haya nada objetable; en cambio, a su muerte podría atentar contra su derecho moral la publicación de una traducción distinta.

Un caso particular, las traducciones realizadas por medio de ordenador.

El supuesto planteado no constituye un caso de ciencia ficción sino una realidad técnica que ya ha comenzado su comercialización: programas de ordenador capaces de traducir a otras lenguas. Aunque no confiamos que en el *campo literario*, -al menos a corto plazo-, aparezcan como una alternativa a los traductores personas naturales⁶⁰, presentarán un instrumento de gran ayuda en el *campo científico*, dónde lo importante es el contenido y no la

⁵⁹ RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 423.

⁶⁰ Hemos de recordar que la calidad de la traducción no ha de ser valorada a la hora de determinar si la misma puede ser calificada como obra del ingenio.

expresión. Ahora bien, ¿de qué naturaleza gozarán dichas traducciones⁶¹?

Podemos distinguir dos supuestos de hecho. En primer lugar, el programa puede suministrar al usuario cierto número de acepciones y es el usuario quien elige las palabras más adecuadas a su contexto. En este caso el programa suministra al usuario/traductor la herramienta para el ejercicio de su arte; será como la utilización de una máquina de escribir o de un diccionario. El resultado reflejará la personalidad del traductor, que podrá reclamar su autoría⁶².

Muy distinto es el caso en que el proceso de traducción esté totalmente automatizado, en el cual, la única participación del usuario del programa sea introducir el texto original.

En principio, si la traducción se ha obtenido para el uso privado, rigen las reglas de éste y por tanto ni hace falta la autorización del autor de la obra preexistente, ni es de relevancia cómo se haya obtenido dicha traducción.

Si la traducción así obtenida se verificó para su posterior explotación resulta innegable que se precise de la autorización del autor de la obra original. Los derechos sobre la obra preexistente permanecen inalterables. Lo que no está tan claro es que el resultado de semejante transformación, la traducción informática, constituya una obra del ingenio.

"Se considera autor -dispone el art. 5.º- a la *persona natural* que crea alguna obra literaria, artística o científica,...", se parte siempre en un ser

⁶¹ Debemos evitar confundir estas cuestiones [de la creación artística automatizada] con el problema de la protección debida a los programas: en estos casos, el autor del programa ciertamente disfrutará del derecho de autor sobre el conjunto de instrucciones de su programa (GOTZEN, F.: "*Copyright and the computer*", Copyright, january 1977, pág. 20).

⁶² Así, para DESBOIS siempre que haya margen de elección con respecto a las palabras y a las expresiones, se manifiesta la personalidad del traductor.

humano creador⁶³. Pues bien, en el caso que estudiamos, el resultado obtenido, la traducción, en primer lugar, es producto de una máquina; en segundo lugar, el usuario que obtiene por primera vez el texto traducido no ha participado en absoluto en el proceso creativo y no ha aportado absolutamente nada de su personalidad creativa, ¡si la tiene!; finalmente, el programador ha creado un sistema de traducción pero no participa en cada una de las posibilidades que éste ofrece. El resultado obtenido de la utilización de su programa tampoco denota su personalidad creativa, ni es fruto de su selección personal⁶⁴.

¿Qué calificación merece tal traducción? Se ha señalado que para beneficiarse de la protección del derecho de autor no es suficiente que las presuntas obras, muestren una posible semejanza con formas más tradicionales de arte, o reclamar su novedad o su apariencia agradable, sino que lo que se tiene que mostrar es que son creaciones originales, esto es, aquéllas que atestiguan la personalidad creativa de un ser humano⁶⁵. Es decir, no tendría la consideración de creación intelectual susceptible de protección; por tanto, sería libremente utilizable⁶⁶, sin perjuicio de los derechos del autor

⁶³ Los ordenadores, sintetizadores, etc., no pueden tener la cualidad de autor que la Ley reserva a los hombres y comprende a las personas que los manipulan (BERTRAND, A.: *"Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins"*, Ed. Masson, Paris-Milan-Barcelone-Bonn, 1991, pág. 100 y ss.).

⁶⁴ Para poder reclamar una protección por el derecho de autor, la obra creada con ayuda de la computadora debe satisfacer las condiciones requeridas en general, a saber cierto grado de originalidad y un esfuerzo creativo (PIATTI, M.^a C. & GAUBIAC, Y.: *"La création artistique assistée par ordinateurs. Problèmes de droit d'auteur"*, RIDA, núm. 118, 1983, págs. 121-123). El esfuerzo creativo que debe ir referido a la producción concreta y no limitarse al programa matriz, que indiscutiblemente es obra del programador.

⁶⁵ GOTZEN, *"Copyright and the computer"* cit., pág. 20. Sin embargo, LACRUZ considera que, en principio, la creación intelectual debe ser producto de la mente humana o atribuible a ella. Añade que las manifestaciones no humanas que se protegen por la ley obtienen la tutela de ésta en cuanto que aparentan un contenido intelectual: en cuanto que parecen exteriorización de ideas y se aceptan y recogen por el hombre. En rigor, la exigencia legal es más de inteligibilidad por parte del observador que de prestación de inteligencia por el emisor (*"Elementos..."* cit., tomo III, vol. 1.º, pág. 496).

⁶⁶ Dentro del supuesto de obras totalmente generadas por máquinas, BERTRAND incluye el caso de las *fotografías tomadas por satélites*, cuyo funcionamiento anual representa muchos millares de francos. Así, en 1988, la sociedad tolosana *Spot-Images*, encargada de

de la obra preexistente y de su necesaria autorización.

La solución resulta contradictoria en base a que el resultado obtenido es similar al que pudiera obtenerse por medios tradicionales de traducción. El mero hecho de teclear el texto en un idioma y hacer funcionar el ordenador, no puede hacer al operador autor de la traducción. Puesto que tampoco puede reconocerse la autoría al ordenador, queda la posibilidad de atribuirla a los autores del programa de traducción sobre los textos traducidos por su programa⁶⁷.

En un sentido causalista parece que, puesto que la traducción ha sido debida al esfuerzo del programador, debe ser éste quien se beneficie del resultado. Pues bien, de acuerdo con la teoría de la propiedad intelectual creemos que dicha "creación" no puede beneficiarse de la protección que la Ley ofrece a las obras producto de la inteligencia humana. El programador no

la comercialización de las fotos tomadas por el satélite francés SPOT facturó una cifra de 102 millones de francos, cuyo 85 % se debe a la exportación. Se pregunta este autor si se podría considerar entonces que la jurisprudencia tiene ya admitido que las vistas aéreas se benefician de la protección acordada por la Ley. Finalmente, llega a la consideración de que en el ejemplo propuesto, aunque en la lejanía, la intervención humana existe. La fotografía así obtenida sería, a fin de cuentas, una obra colectiva, "creada bajo la iniciativa de una persona física o moral que la edita".

Añade este autor el ejemplo de las películas tomadas por cámaras de vigilancia que pueden tener un gran valor documental o comercial, si por ejemplo registran en directo un robo o un terremoto (*op. y loc. cit.*, últimamente).

Desde nuestro punto de vista, ambos supuestos no son en modo alguno equiparables. En el primer caso, el "programador-fotógrafo" encamina todos sus esfuerzos a la consecución de las propias imágenes, y la programación del *software* estará en función de las imágenes que se desean obtener. Se podría decir que los programadores son los autores directos de las fotografías, aunque el resultado no sea concomitante a sus esfuerzos creativos. En este sentido, sí nos parece correcto que pueda calificarse de obra colectiva.

Con respecto al segundo supuesto, nos parece del todo inadmisibles considerar tal resultado objeto de propiedad intelectual. Que al instalador del circuito cerrado, al encargado de mantenimiento de una cámara o al propietario de la misma se le considere "autor" de una creación del espíritu en forma de documental, nos recuerda a la fábula del burro que por casualidad se convirtió en flautista. No obstante, dichos sujetos podrían beneficiarse de otros medios ofrecidos por el derecho como es la venta del ejemplar, la teoría del enriquecimiento injusto o, incluso, por una especie de *derecho de arena*; pero en ningún caso creemos acertado a desvirtuar hasta tal punto la propiedad intelectual que comprenda como creaciones productos que han sido obtenidos con independencia de la creatividad del sujeto.

⁶⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J. : "Comentario al artículo 96" en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 1377.

participa en la efectiva traducción del texto que incluso puede desconocer. Su obra es el programa y no los resultados que éste produce. Otro inconveniente es el derivado del distinto momento de producción de uno y otro: un programa en el dominio público podría seguir generando nuevas traducciones.

No obstante, estas producciones pueden estar protegidas a través de otros medios que el derecho ofrece; fundamentalmente, a través del contrato de licencia de uso del programa, que habitualmente dispondrá que como "traductor"⁶⁸ debe aparecer el nombre del programa y del programador, pudiéndose reconocer por vía contractual no sólo derechos económicos sino, incluso, un cierto derecho de paternidad.

1.4.2.- Adaptaciones.

En las adaptaciones, la obra subyacente sufre una transformación tanto en su expresión como en su composición de la cual resulta una obra nueva; pero puesto que toma prestados elementos formales de la obra preexistente, la adaptación ha de estar sometida al mismo régimen de autorización que el resto de las obras derivadas. Como señalábamos antes, el tomar ideas de obras preexistentes es un supuesto de mera inspiración que da lugar a una obra absolutamente original⁶⁹. Para que haya adaptación, por tanto, los elementos tomados de la obra primitiva deben exceder al préstamo de ideas.

Existen dos formas de adaptación: aquella que modifica la obra original hasta el punto de transformarla de un género a otro, y aquella que, sin cambiar de género, le introduce variaciones que la hacen accesible a un

⁶⁸ Hemos optado por entrecorillar *traductor* porque, según nuestra postura el programador no es un verdadero "autor" de la traducción.

⁶⁹ COLOMBET, *op. cit.* pág. 34.

público al que inicialmente no estaba dirigida⁷⁰. Dentro de la primera clase tenemos p. e. la transposición de una novela al teatro o a la pantalla; entre las segundas tenemos las adaptaciones y arreglos musicales, que serán examinados más adelante conforme a la clasificación legal que estamos siguiendo.

Dispone el art. 99. 4 que *"no constituye transformación, a los efectos previstos en el artículo 21, la adaptación de un programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva por el mismo"*.

Las consecuencias serían que el titular de los derechos de explotación no puede impedir al usuario que realice adaptaciones, y que éste no adquiere derecho alguno sobre la adaptación⁷¹, sino que tales derechos seguirían correspondiendo al titular de los derechos de propiedad intelectual sobre el *software*. Sin embargo, cuando el art. 21. 2 habla de *"derechos de propiedad intelectual"* debe entenderse, en razón de la *sedes materiae*, que se refiere sólo a los derechos de explotación⁷²; por tanto, parece que el usuario/autor conserva sus derechos morales. Pero como se ha señalado, evidentemente, ello no implica que semejante obra de adaptación no pueda ser una obra derivada⁷³.

En cuanto a los derechos de explotación sobre la adaptación del programa realizada por el usuario, de ser ésta interesante, tampoco podrían

⁷⁰ SCHUSTER VERGARA, S.: *"Aspectos prácticos en el tratamiento de las obras derivadas"*, en *"I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, tomo I, pág. 555.

⁷¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *"Comentario al artículo 99"* en *"Comentarios a la LPI"* cit., pág. 1418 y 1419. Para este autor la norma no parece de derecho necesario y, por tanto, admite pacto en contrario.

⁷² HEREDERO HIGUERAS, M.: *"La protección de los programas de ordenador en el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual"*, RCDI, julio-agosto 1987, pág. 1.041.

⁷³ BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 252.

pertenecer al cesionario de los derechos de explotación, de manera que conforme al art. 99. 4.º quedarían vacantes.

En cualquier caso, no vemos la razón de ser del régimen especial establecido en el art. 99. 4 para las adaptaciones hechas por los usuarios de los programas. El *status* general de las obras derivadas, al condicionar la licitud de las mismas a la necesaria autorización resulta perfectamente idóneo para estos supuestos.

Sí supone, en cambio, una excepción a la normativa de las obras derivadas el art. 98 LPI: *"El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de los derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programas derivados"*.

1.4.3.- Revisiones, actualizaciones y anotaciones.

Tanto las revisiones como las actualizaciones van encaminadas a modernizar las obras preexistentes que con el tiempo se irían quedando obsoletas. En principio, se tratará de obras científicas, pero no hay impedimentos teóricos para que las obras literarias o artísticas sean revisadas y actualizadas⁷⁴.

a) *Las revisiones.*- A diferencia de las actualizaciones, -dónde el texto del autor de la *puesta al día* está separado mediante notas o folletos adjuntos-, en las revisiones la obra nueva se confunde con la antigua. De las revisiones se ha dicho que son obras de adaptación. Por tanto, los derechos morales del autor de la obra primitiva han de ser respetados, de manera que si se modificara el fondo, se deberán citar las opiniones del autor de la obra

⁷⁴ En este sentido, BERCOVITZ considera válido el régimen de las ediciones críticas para los casos de restauración de obras plásticas o de arquitectura (*op. cit.*, pág. 254). A pesar de lo acertado del ejemplo, queremos insistir en que el trabajo del restaurador únicamente constituirá creación intelectual en cuanto no se limite a una labor meramente artesanal de reconstrucción y, siempre y cuando, su actividad denote libertad creativa.

revisada⁷⁵. En cuanto al derecho de paternidad deberán constar inequívocamente ambos autores⁷⁶.

No son obras derivadas, por carecer de originalidad, las nuevas revisiones y actualizaciones rutinarias -revisiones del lenguaje, correcciones materiales, introducción de índices, pequeños cambios o cortes introducidos sobre la marcha al representar una obra dramática, adiciones en mapas, de nueva bibliografía...-⁷⁷.

b) *Las actualizaciones*.- La obra nueva es publicada sin ser refundida y sin alterar el texto inicial. No obstante, se trata también de una obra derivada⁷⁸ puesto que incorpora la obra original.

c) *Las anotaciones*.- La anotación es la obra de persona distinta del autor de la obra original, que comenta ésta, cuyo original respeta y deja intacto, con su propia opinión, para la que aquélla le da ocasión y toma como base de sus anotaciones⁷⁹. Al igual que con las actualizaciones tampoco se confunden con la obra preexistente.

La importancia de las anotaciones puede ser muy variada, desde ediciones críticas, ampliamente comentadas, hasta sucintas notas de pie de página (muy frecuentes cuando la obra preexistente está en el dominio público).

Creemos que, como excepción al régimen de las obras derivadas, no será necesaria la expresa autorización del autor cuando se trate de "notas del

⁷⁵ COLOMBET, *op. y loc. últimamente cit.*

⁷⁶ RIVERO HERNANDEZ, *op. cit.* pág. 425.

⁷⁷ BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 253.

⁷⁸ COLOMBET, *ibidem*.

⁷⁹ RIVERO HERNANDEZ, *ibidem*.

traductor" limitadas a breves aclaraciones explicativas de la traducción adoptada o, incluso, de datos ampliamente conocidos por los lectores coterráneos del autor del original, pero presumiblemente ignorados por los lectores de la traducción. En este caso, -creemos- la autorización dada para la traducción habilita para introducir este tipo de anotaciones sin caer en una obra derivada distinta de la traducción.

Cuando una edición crítica de una obra preexistente no incorpore esta última, no constituirá obra derivada aunque le haya servido como base. La obra así creada será completamente original.

Los prólogos, presentaciones e introducciones aunque se publiquen conjuntamente, constituyen creación autónoma (art. 9.º 2 LPI) y no pueden asimilarse a las anotaciones; no serán obras derivadas salvo que resuman la obra presentada⁸⁰.

1.4.4.- Compendios, resúmenes y extractos.

Se trata de obra derivadas cuya originalidad se manifiesta en la elección de ideas o extractos⁸¹. La originalidad está pues muy limitada.

Se ha dicho que sólo hay obra derivada si la abreviación implica una nueva redacción con propia composición y expresión⁸², pues en otro caso no

⁸⁰ BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 254. Nos parece que esta distinción es más teórica que práctica puesto que, en ambos casos, el plazo de protección es independiente (art. 28. 3). El art. 29.2 hace hincapié en ello "a estos efectos los apéndices, anuarios y otros complementos de una obra se considerarán independientes de ésta". Por su parte, la remuneración puede ser a tanto alzado (art.46. 2. d)) y no juega la limitación del plazo del art. 60. 6.º, pues expresamente la excluye el art. 63. 2.º.

⁸¹ LE TARNEC, "*Manuel...*" cit., pág. 201.

⁸² BERCOVITZ, *op. cit.*, pág. 255.

Pero en este nivel ínfimo de exigencia de originalidad, y en relación con los arts. 11. 5.º y 12, en el cual la única originalidad viene determinada por la selección: si se cuenta con la autorización del autor para seleccionar pasajes de una obra, ¿cómo deberíamos calificar tal resumen?, ¿será de aplicación el art. 21. 2 o permanecerá la autoría indibisible en cabeza

parece que exista obra nueva.

La reducción de la obra puede ser total o parcial y publicarse conjunta o separadamente con los extractos de otras obras.

No constituyen obras derivadas las recopilaciones de obras periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa, que tendrán la consideración de citas (art. 32, § 2.º) y, por tanto, en estos casos no será necesaria la autorización del autor. Sobre este tema volveremos al tratar los límites a la propiedad intelectual.

1.4.5.- Arreglos musicales.

Ya quedó dicho como los arreglos musicales pertenecen a la categoría de las adaptaciones, aunque es evidente, que no toda modificación de una obra musical implica la creación de una obra derivada; únicamente, pueden calificar como tales aquellas que demuestran un cierto grado de

del autor de la obra preexistente, refutándose el trabajo del autor del resumen como el de un amanuense? En principio, parece que los términos de la autorización serán los que definan el derecho del realizador del extracto y, decimos realizador y no autor, porque lo que se está juzgando es la calificación de dicho trabajo como creación intelectual.

Las dudas aumentan si se tiene en cuenta que mediante la propiedad intelectual únicamente se obtiene la protección de la forma y no del fondo. El autor del resumen, siempre que se exprese en sus propios términos, puede utilizar libremente el fondo (*vid. infra*, epígrafe II) 2.2.2. de este mismo capítulo con referencia a las bases de datos). En el caso de que el extracto presente forma propia no será necesario el consentimiento del autor de la obra preexistente. Estos casos resultan muy controvertidos y en última instancia será el juez quien resuelva si procede o no el libre uso. Por su parte, la expresión del art. 11 "sin perjuicio de los derechos del autor sobre la obra preexistente" iría referida únicamente a los derechos morales. ¿Serán obras derivadas la obras así creadas? Aunque traigan causa de una obra anterior no serían tributarias de la misma en el sentido de que no precisarían la autorización de su autor y, por tanto, escapan del régimen general de las obras compuestas.

Es la eterna disyuntiva a la que hemos hecho referencia en otras ocasiones sobre si la propiedad intelectual protege únicamente la forma o si también alcanza al fondo de la obra, sobre la que volveremos al ocuparnos de las bases de datos. A pesar del principio de protección formal que rige en la materia, creemos que no se pueden dar soluciones apriorísticas, pues por vía de compendio o resumen se podría vaciar el contenido de la propiedad intelectual.

individualidad, independencia intelectual, etc.⁸³

Desgraciadamente, nuestra Ley no contiene una definición de qué es lo que entiende por obra musical derivada, lo que da lugar a cierta ambigüedad a la hora de considerar qué arreglos son susceptibles de ser calificados como obra derivada. El *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos* de la OMPI⁸⁴ ofrece varias posibilidades al definir la obra derivada musical: "la adaptación que puede consistir en una modificación de un género a otro de una obra preexistente, en la alteración dentro del mismo género o en la alteración de la composición; el *arreglo musical* que consiste fundamentalmente en la reorquestación o transposición a una clave distinta; sin embargo, cuando los arreglos son originales pueden ser considerados adaptaciones, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra arreglada". Esto significa que los arreglos no suponen necesariamente la creación de una obra derivada.

De la noción de arreglo musical debemos excluir todos los productos que, aunque diferentes de la obra original, no constituyan una creación intelectual individual: los cambios sin importancia o de naturaleza técnica, aunque exijan considerable habilidad musical. Las *orquestaciones* y *transcripciones* son normalmente el resultado de una actividad técnica y no creativa⁸⁵.

⁸³ GYERTYANFY, P.: *"The Right of Adaptation in Music"*, Copyright, 1987, pág. 104 y ss.

⁸⁴ Ginebra, 1981, pág. 3.

⁸⁵ GYERTYANFY, *op. y loc. cit.* Tampoco JENSSEN considera que de la orquestación redunde nada original, "limitándose el orquestador a aplicar reglas conocidas y estudios de armonía y contrapunto" (*"Derechos intelectuales"*, trad. Luis Grez, Ed. Jurídica, Chile, 1970, citado por SCHUSTER, *op. cit.*). En cambio, LE TARNEC sitúa las reorquestaciones dentro de la jerarquía de obras derivadas aunque en su forma más elemental; por tanto, las considera susceptibles de ser protegidas (*op. cit.* pág. 209). Por su parte, COLOMBET dentro de los arreglos distingue entre las instrumentalizaciones, las cuales sí constituyen obras derivadas y las transcripciones de una clave a otra o de un tono a otro que son puramente mecánicas (*op. cit.*, pág. 51). A pesar de la autoridad de los últimos autores, no creemos que se pueda dotar de originalidad a toda clase de instrumentalizaciones, piénsese, p. e. en los arreglos "para manos fáciles".

Cuando se trata del arreglo de una obra aún en período de protección, se requiere la autorización de su autor o causahabiente, y será entonces el titular del derecho quien valore la adaptación. La distinción tiene incluso más importancia cuando se trata de obras en dominio público. Si la obra modificada no constituye una obra nueva, ningún derecho nace para el arreglista, pues en caso contrario, se estaría substrayendo una obra del dominio público.

En este ámbito, sin embargo, es donde más se aplica la presunción de originalidad de la obra derivada⁸⁶ y, por regla general, son las propias sociedades de autores quienes se encargan de valorar los arreglos.

1.4.6.- Otras transformaciones. Especial consideración a las adaptaciones de programas de ordenador realizadas por el usuario y a la posibilidad de que las producciones teatrales constituyan obras derivadas.

El apartado 5.º del art. 11 es el cajón de sastre de una enumeración abierta de las transformaciones. Las referencias del art. 11 a "*cualesquiera transformaciones*" o la del art. 21 a "*cuquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*"⁸⁷, para preservar el ámbito de las transformaciones a los cambios formales excesivamente modestos, creemos, que deberán interpretarse a la luz de la exigencia de que "*se derive una obra diferente*", pues para que exista obra derivada es necesario que haya una

⁸⁶ SCHUSTER VERGARA, *op. cit.*, pág. 557.

⁸⁷ RAMS pone de relieve como entender las transformaciones enumeradas en el artículo 11 de forma abierta no se razona sobre la referencia del artículo 21-1 a "*cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente*", que podría llegarse a interpretar restrictivamente a partir de su referencia explícita a la forma, sino porque la revolución que han supuesto los nuevos medios de comunicación puede ofrecer posibilidades de generación de nuevas obras a partir de otras anteriores que no se pudieron tener en cuenta en el momento de la creación de la obra generatriz ("*Comentario al artículo 21*" *cit.*).

"obra nueva" de resultado original⁸⁸.

Se podrían encuadrar las terminaciones póstumas de obras *inacabadas* a la que ya hicimos referencia al ocuparnos de cómo dichas contribuciones no podían ser calificadas, junto con la obra inacabada, de obra en colaboración.

El art. 99, 4 LPI preceptúa que *"no constituye transformación, a los efectos del artículo 21, la adaptación de un programa realizada por el usuario para la utilización exclusiva del mismo"*. De esta previsión legal se han señalado dos consecuencias: que el titular de los derechos de explotación no puede impedir las adaptaciones realizadas por el usuario, y que éste no adquiere derecho alguno sobre ellas⁸⁹.

En cuanto a la primera, supone una excepción⁹⁰ al régimen general de las obras derivadas, cuya creación está siempre permitida, si bien, para su explotación el autor de la transformación (en este caso el usuario del programa) necesita de la autorización del autor de la obra preexistente. parece pues, que tales transformaciones no podrán tener la calificación de obras derivadas.

En cuanto a la segunda consecuencia, el usuario-autor de la adaptación no adquiere los derechos de propiedad intelectual sobre la nueva

⁸⁸ Vid. § 2.3 de este mismo capítulo.

⁸⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J.: *"Comentario al artículo 99"* en *"Comentarios a la LPI"*, cit. pág. 1416 y ss.

⁹⁰ La ley española se basa en la premisa de que la naturaleza del programa como obra requiere algunas derogaciones o excepciones al régimen general del derecho de autor (HEREDERO HIGUERAS, M.: *"La regulación jurídica de los programas de ordenador en el Derecho español"* en *"I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 150). Este es el sentido del art. 95 LPI al establecer un régimen especial para los programas y remitir a las *"disposiciones que resulten aplicables de la presente Ley"* en lo que no esté específicamente previsto en el mismo.

obra sino que siguen correspondiendo al titular de la obra preexistente. Impedir el nacimiento de derechos de propiedad intelectual sobre las obras derivadas parece ser una preocupación importante de las casas de *software*, reflejada en los formularios de contratación⁹¹. Creemos que este artículo es contrario al principio consagrado por el art. 1.º de la LPI de que la propiedad intelectual se adquiere por el solo hecho de su creación. En este sentido, se ha matizado que la referencia del art. 99. 4 al art. 21 ha de entenderse hecha naturalmente, en razón de la *sedes materiae*, sólo a los "derechos de propiedad intelectual" de explotación⁹². Esto es, el usuario transformador no adquiriría ningún derecho de índole económica aunque sí los de contenido moral. Sólo por vía contractual parece posible impedir al usuario la realización de transformaciones⁹³.

A nuestro parecer, esta interpretación en poco difiere del régimen general de las obras derivadas, en el cual la ilicitud no viene determinada por la creación sino por la explotación de la obra sin autorización. En esta línea, el usuario que, infringiendo el contrato de cesión del derecho de uso, crea un programa derivado, con independencia de las responsabilidades contractuales en que haya podido incurrir, tendrá también los derechos de contenido patrimonial; ahora bien, para poder explotar el programa transformado necesitará la autorización del titular de la propiedad intelectual del programa.

Además, las adaptaciones realizadas por el usuario no siempre estarán prohibidas. El art. 5.º, 1 de la Directiva 91/250 CEE, de 14 de mayo de 1991 sobre protección jurídica de los programas de ordenador, establece que salvo las disposiciones contractuales específicas, no será necesaria la autorización

⁹¹ DELGADO ECHE VERRIA, *op. y loc. cit.* últimamente.

⁹² HEREDERO, "La regulación..." *cit.*, pág. 159.

⁹³ DELGADO ECHEVERRÍA señala como en los contratos de licencia de uso se incluyen cláusulas contractuales que prohíben al usuario toda modificación del programa y, sobre todo, se excluye el acceso del usuario al código fuente. También suele prohibirse expresamente «retraducir» el código objeto. Además, este autor señala como la norma del art. 99, 4 no es una norma de derecho necesario ("Comentario..." *cit.*, págs. 1417 y 1418).

del titular de los derechos sobre un programa los actos de la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador. Dicho precepto ha sido recogido por el art. 5.º 1 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la mencionada Directiva: *"no necesitarán autorización del titular, salvo disposición contractual en contrario, la reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a su finalidad propuesta"*.

Cabe pues, cierto margen de licitud en la "creación" de programas derivados. Pero entendemos que incluso en los casos en que por vía contractual se prohíba toda transformación del programa, el usuario infractor incurrirá en responsabilidad contractual, pero no por ello, los derechos de propiedad intelectual sobre la obra nueva por él creada revertirán en el titular del programa original.

Se ha planteado si las *producciones teatrales* pueden, en determinados casos, obtener la calificación de creación intelectual⁹⁴. En primer lugar, para que los directores sean reconocidos como autores, deben poder demostrar fantasía, iniciativa, ingenio personal, es decir, originalidad⁹⁵. Pero por muy original que la producción teatral sea, se trata de una obra derivada, sujeta a los derechos del autor de la obra producida. Por eso se dice que la obra es independiente de su producción, pero que la producción depende de la obra⁹⁶.

⁹⁴ MATTHYSSENS, J.: *"The Status of Theater Directors Under French Intellectual Property Law"*, Copyright, nov. 1987, págs. 335 y ss.

⁹⁵ *Ibidem*. Se trataría de una obra derivada subsumible dentro de la adaptación (art. 11. 1. 1 LPI) o análoga a la misma (BERCOVITZ, *"Comentario al artículo 10"* cit., pág. 224).

⁹⁶ MATTHYSSENS, *op. cit.*, pág. 338. La falta de fidelidad de la obra representada puede ser también imputable a los artistas, intérpretes o ejecutantes. Esta falta de respeto a la obra representada se traduce no sólo en una transgresión del derecho exclusivo de

En este sentido, el art. 78. 2.º LPI es perfectamente compaginable con el régimen de las obras derivadas puesto que obliga al cesionario del derecho de representación teatral a "*efectuar esa comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidos por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral de éste*"⁹⁷. Lo que ocurre es que cuando, sin variar el texto ni el sentido de la obra preexistente, el director produzca una verdadera obra original, creemos que el propio contrato de representación actuará como legitimador, -sustituyendo a la autorización del autor de la obra preexistente a la que se refiere el art. 9.º 1-, de dicha obra derivada.

La licitud de la explotación de la obra derivada -la producción teatral- se limitará a lo acordado en el contrato de representación y, en ningún caso, la duración de la cesión en exclusiva podrá exceder de cinco años (art. 75.1 LPI). Sin embargo, los derechos morales que como autor adquiere el director teatral seguirán siendo perpetuos, de manera que, aun transcurrido el período de explotación, podrá defenderse contra los plagios de su creación, entendemos que incluso si la usurpación ha sido hecha por el propio autor de la obra preexistente.

transformación del autor, sino también en un atentado al derecho moral a la integridad de la obra. Por su parte, señala OLAGNIER como los atentados al derecho moral hechos por los intérpretes no resultan únicamente de las añadiduras a los textos, frecuentemente consisten en cambios de palabras, de las notas, en el ritmo, en la expresión. Y estas no son más tolerables porque se trate de obras ligeras que si se tratara de obras clásicas ("*Le droit des artistes, interprètes & exécutants*", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1937, pág. 46 y ss.). REYER, llega incluso a decir que un cantante tiene la facultad de rechazar un papel que no le convenga a su temperamento, ni a su género de voz, pero no tiene derecho a desnaturalizar, disfrazar, transponer, embellecer con calderones, florituras y ornamentos de toda suerte para mayor satisfacción de su amor propio ("*Notes de Musique*", recensión de OLAGNIER (*op. y loc. cit.*)).

⁹⁷ Esta obligación del cesionario teatral se ha considerado además impuesta por la exigencia al respeto a la integridad de la obra del art. 14. 4.º (HERNANDEZ MORENO, A. y MENDEZ GONZALEZ, F. P.: "*Comentario al artículo 78*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 1146-1147). Por nuestra parte, consideramos que el primer inciso del art. 78. 2.º se refiere al derecho exclusivo de transformación que conserva el dramaturgo (art. 17) de tal manera que el cesionario infringirá el derecho de autor aunque sus cortes y supresiones no atenten contra el derecho moral de autor. La referencia que el art. 78. 2.º *in fine* hace al perjuicio del derecho moral se refiere exclusivamente a las condiciones técnicas de representación de la obra.

1.4.7.- Colecciones de obras ajenas y de otros elementos o datos.

Las colecciones de obras ajenas consisten en creaciones cuya originalidad viene determinada únicamente por su composición⁹⁸. Las colecciones contempladas en el art. 12 comprenden obras muy heterogéneas⁹⁹. Pueden tratarse de obras derivadas y de ahí que dicho artículo disponga "*sin perjuicio, en su caso, de los derechos de los autores de las obras originales*" (incluyendo, tanto las colecciones de obras aún protegidas como las obras caídas en dominio público); pero pueden consistir también en obras de primera mano, cuando se trate de colecciones de otros elementos o datos que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales; finalmente, este tipo de obras pueden contener elementos de una y otra categoría, obras originales y otros elementos que, en sí mismos considerados, no sean objeto de propiedad intelectual.

En base a la distinta procedencia de los datos seleccionados, se ha distinguido según las colecciones tengan carácter literario o utilitario¹⁰⁰, comprendiendo aquéllas las colecciones de creaciones intelectuales y éstas las de datos no susceptibles de protección; sólo las primeras tendrían la condición de obra derivada, pues las segundas serán obras originales.

La fórmula de la Ley española sigue a la francesa. Es restrictiva en el sentido de que el resultado únicamente estará protegido a condición de que suponga una "*selección o disposición de las materias*"¹⁰¹. Esto es, en caso de

⁹⁸ COLOMBET, *op. cit.*, pág. 39.

⁹⁹ Como muestra véase el elenco que hace BERCOVITZ en "*Comentario al artículo 12*" en "*Comentarios a la LPI*", dirigidos por él mismo *cit.*, pág. 256 y ss.

¹⁰⁰ LE TARNEC, *op. cit.*, págs. 188 y 189.

¹⁰¹ COLOMBET, *op. cit.*, pág. 40. Allí observa como, el legislador francés, a pesar de que el Proyecto de Ley preveía la conjunción "o", se optó finalmente por la conjunción "y", aunque el informe de la Comisión observó que sería excesivo proteger la sola elección de materias.

que falte originalidad en la selección o disposición de las materias (p. e. cuando los datos aparezcan en orden cronológico o alfabético), el resultado de la colección no podrá estar protegido por el derecho de autor, aunque sí lo esté a título de la competencia desleal¹⁰².

¹⁰² LE TARNEC, *op. y loc. cit.* Contrariamente, bajo el Acta estadounidense de 1909, 17 U.S.C. § 5 (a) han sido considerados propiamente objetos de *copyright* una amplia variedad de colecciones de información fáctica como tablas de intereses y descuentos (Edward & Deutch Lithographing Co. v. Boorman, 15 F.2d 35 (7th Cir.), *cert. denied*, 273 U.S. 738, 1926), listines telefónicos (Leon v. Pacific Tel. & Tel., 91 F. 2d 484 (9th Cir., 1937), catálogos de marcas (Jeweler's Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co., 281 Fed. 83 (2d Cir.), *cert. denied*, 259 U.S. 581 (1922), *aff'g* 274 Fed. 932, S.D.N.Y., 1921), listas de restaurantes (Adventures in Good Eating v. Best Places to Eat, 131 F.2d 809, 7th Cir., 1942), formularios de seguros (Continental Casualty v. Beardsley, 253 F.2d 702, 2d Cir. 1958)... SQUIRES, J.: "Copyright and Compilations in the Computer Era: Old Wine in New Bottles", en "Technology and Copyright: Sources and Materials", Ed. Lomond Books, Mt. Airy, Maryland, 1979, pág. 211 y ss. Señala este autor como tales ejemplos tienen más valor práctico y comercial que literario o artístico. Su protección es consistente con el hecho de la poca originalidad que es necesaria para hacerse acreedor del *copyright*. La mejor explicación en este reconocimiento de los derechos de autor a los compiladores la encuentra en considerar al *copyright* como una recompensa por labores de las cuales resulta un producto comercialmente valioso. Curiosamente, lo que ha resultado prohibido por el *copyright* ha sido el uso de una compilación anterior para obtener unas ventajas económicas que hagan en competencia desleal una compañía puramente comercial.

Por su parte, NIMMER, incluso reconociendo que, quien saca a la luz conocimientos públicos poco conocidos indubitadamente, realiza un útil servicio social, por este hecho no se convierte el hallador en "autor". Al igual que en la doctrina continental, este tratadista estadounidense señala que la protección de los frutos de tal búsqueda puede, en ciertas circunstancias venir proporcionada por la teoría de la competencia desleal. Su protección de acuerdo con el *copyright* distorsiona los principios de éste y crea un monopolio injustificado en materiales de dominio público. La situación es, en cambio, bastante diferente con respecto a una combinación o arreglo de tales materiales, la cual, en sí misma puede constituir una contribución original protegible bajo los principios del *copyright* ("Nimmer on Copyright" *cit.*, § 41, págs. 171 y 172).

Se podrán obtener segundas compilaciones, pero para que éstas sean lícitas los compiladores sólo podrán utilizar la compilación preexistente para verificar la información reunida como resultado de un esfuerzo independiente tomado de la fuente original (SQUIRES, *op. y loc. cit.*).

2.- REQUISITOS EXTERNOS.

2.1.- La obra preexistente.

Para tratarse de una obra derivada la transformación debe ser operada sobre una verdadera creación intelectual¹⁰³; si los elementos tomados y transformados no constituyen una obra, estaremos en presencia de una auténtica obra original.

La obra preexistente ha de estar en cierto modo incorporada en la obra nueva. Esta incorporación puede ser material -como las antologías, por ejemplo- o, por el contrario, puede ser intelectual, como en el caso de las traducciones, dónde no puede decirse que la obra anterior esté realmente insertada en la obra nueva¹⁰⁴.

No es necesario, sin embargo, que la obra originaria esté totalmente incorporada. Basta la incorporación parcial para fines distintos de la cita o comentario¹⁰⁵ para que estemos ante una obra derivada y, por tanto, ante la necesidad de contar con la autorización del autor.

Por obra preexistente han de ser tomados, también, los préstamos que se hagan de elementos reconocibles como pertenecientes a determinada obra. Es el caso de la adaptación de héroes y personajes que son trasladados a nuevas obras que poco o nada tienen que ver con la obra original¹⁰⁶.

¹⁰³ Por falta de originalidad y de novedad no ha sido calificada como creación intelectual la utilización de la figura humana o de partes tan significativas de ella como las manos y la cara en el arte de la joyería, porque la gran simplicidad y reducido tamaño de las mismas incorporadas a collares, cadenas, pulseras... que limitan considerablemente la libertad del artista, impiden que la utilización en esa forma de tales motivos ornamentales pueda ser objeto de propiedad intelectual (STS de 28 de octubre de 1992).

¹⁰⁴ DESBOIS, *op. cit.*, pág. 159.

¹⁰⁵ *Vid.* RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 9.º", *cit.*, pág. 184 y ss.

¹⁰⁶ *Vid. supra*, epígrafe I), 3 de este mismo capítulo, la distinción entre los casos de mera inspiración y los préstamos de elementos protegidos por la propiedad intelectual.

Se considera ilícita toda reproducción no autorizada, incluso parcial, de una obra protegida (arts. 17 LPI y 534 *bis*, a) del Código penal). Por consiguiente, tomar el personaje considerado como componente de una obra debe ser considerado ilegal¹⁰⁷, pero para ello éste ha de tener, por sí mismo, la categoría de obra del ingenio, lo cual exige que el personaje sea original, pues los personajes están sujetos al mismo tratamiento que el resto de las obras¹⁰⁸.

Algo parecido ocurre cuando, tomando como base una obra preexistente, el autor de la obra derivada crea nuevas situaciones y aventuras, como cuando de un largometraje se saca una serie televisiva¹⁰⁹. Poco importa que no esté incorporada la obra preexistente mientras lo estén elementos suficientemente reconocibles y en tal supuesto le ha de ser aplicado el régimen de las obras derivadas.

Otra cuestión que ha de ser señalada es si la obra incompleta goza de la categoría de obra preexistente cuando es terminada por otro. ¿Debe la obra incompleta ser tomada por obra preexistente, o se trata de un caso de colaboración entre el autor que comenzó la obra y aquél que la terminó?

Para empezar, hemos de recordar que las obras inacabadas están protegidas por el derecho de autor tal y como si se tratase de obras completas; en otro caso, se estaría permitiendo la usurpación de las obras en período de realización. Pues bien, presupuesta su protección, falta por determinar la calificación adecuada. En repetidas ocasiones se han planteado

¹⁰⁷ RISTCH de GROOTE, *op. cit.*, pág. 23. No obstante, señala que esta protección no será suficiente en el caso de que el propio autor extraiga al héroe de la obra que le servía como soporte para explotarlo fuera de su contexto.

¹⁰⁸ HOWELL, *op. cit.*, pág. 83.

¹⁰⁹ Para LOEWENHEIM, con independencia de si procede el libre uso o no, estos supuestos no son de reelaboración ("*Comentarios a los parágrafos 3 y 23*" en "*Kommentar zum Urheberrecht*", München, 1987, pág. 156, citado por RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* ult., pág. 188).

a la jurisprudencia francesa supuestos de este tipo, resolviendo a favor de la calificación de la obra como derivada, lo cual tiene gran relevancia práctica a la hora de determinar el período de protección y la privaticidad de la aportación que se dejó incompleta¹¹⁰.

Nos parece que no es necesario que la obra preexistente esté divulgada¹¹¹. Contando con la autorización del autor de la obra primitiva resulta irrelevante que se trate de obra divulgada o inédita. No resultaría lógico que entrara aquí en juego la necesidad de que se trate de obras divulgadas, exigida para ejercitar el derecho de cita. El derecho de cita, como límite al derecho de autor, no precisa de la autorización del autor; en cambio, cuando se trata de obras derivadas el autor, al dar la autorización, será él mismo quien juzgue sobre la oportunidad de permitir una obra derivada de su obra inédita.

Con más motivo aún, cuando se trata de una obra inédita en dominio público podrá ser divulgada junto a una obra de ella derivada, p. e. en edición

¹¹⁰ El más famoso de estos casos fue el que debatió la condición de la ópera de Aleksandr Borodín, *Kniaz Igor*. A la muerte de Borodín, todavía quedaba por terminar buena parte del tercer acto, la obertura y otros fragmentos. Pocos trozos estaban ya orquestados. Sus amigos Glazunov y Rimski-Korsakov, que habían seguido de cerca las distintas fases de la elaboración, se encargaron de completarla. Glazunov ultimó el tercer acto y escribió la obertura, que, por otra parte, recordaba perfectamente de memoria, por habérsela oído tocar muchas veces al piano a Borodín, que no se había cuidado de escribirla. Rimski-Korsakov se ocupó sobre todo de la instrumentalización, manteniéndose fiel a las instrucciones del autor. Trabajó, pues, sin seguir su propio estilo rutilante, sino más bien el de Glinka... (SEGRE, M.: "*Kniaz Igor*" en "*La Ópera. Enciclopedia del Arte Lírico*", coordinada por Ricardo Mezzanotte, trad. Juan Novella Domingo, Ed. Aguilar, Madrid, 1981, pág. 307 y ss.).

La viuda de Glazunov pretendía obtener la calificación de obra en colaboración, pretensión que fue acogida por el Tribunal de Gran Instancia de París (15 nov. 1968) al estimar que la ópera era una obra en colaboración entre los tres y propiedad común de los coautores. La Corte de Apelación (8 de junio de 1971) se decantó por la calificación de obra compuesta. En cuanto a los fragmentos realizados y acabados en vida de Borodín por éste, consideró que no habían colaborado en ellos sus discípulos. Con respecto a los pasajes que fueron compuestos después de su muerte, la Corte también rechaza la colaboración puesto que "la muerte interrumpió la convergencia de esfuerzos individuales" (*ibidem*) exigida en la colaboración. La Corte de Casación (14 de noviembre de 1973) confirmó la sentencia de Apelación.

¹¹¹ En el mismo sentido, PEREZ DE ONTIVEROS, "*Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*" *cit.*, pág. 333.

crítica¹¹².

En cuanto a la pretendida ausencia de participación del autor de la obra preexistente a la que se refiere el art. 9.º, parece que, efectivamente, no tiene sentido ofrecer un régimen jurídico distinto cuando la obra nueva ha sido producto exclusivo del mismo autor que creó la obra anterior (en el ejercicio de sus derechos reconocidos en los arts. 14.5.º y 17 LPI): el autor no encuentra ningún límite en sus propios derechos. El art. 9.º se refiere entonces a la hipótesis en la que exista una colaboración en la creación de la obra derivada entre el autor de la obra primitiva y otro u otros autores. Dicha obra no podrá ser calificada de obra compuesta; pero, ¿se tratará de una obra derivada de tipo genérico (de las que ya hemos visto como verdaderamente no presentan diferencias con las obras compuestas) o de una obra en colaboración?

Hemos de optar por la primera respuesta. De una parte, de los arts. 11, 12, 17 y 21 parece deducirse que los derechos de la obra preexistente son independientes (así como también caerán en dominio público en distintos momentos) de los derechos de las obras que de ella se deriven (p. e., el autor de una novela que colabora en la ejecución del guión cinematográfico basado en la misma); de otra, por el hecho de que exista colaboración en la reelaboración, la obra preexistente no se puede convertir en obra realizada en régimen de coautoría, pues no fue creada según las exigencias de ésta¹¹³.

¹¹² En este sentido, el art. 6.º del Reglamento de 1880 considera "editor de obras inéditas a todo el que publique las que estén manuscritas y no han visto la luz pública, ya vayan acompañadas de discursos, preliminares, notas, apéndices, vocabularios, glosarios y otras ilustraciones o ya se publique sólo el texto manuscrito". Pues bien, en este caso, los aditamentos constituyen obras derivadas con autoría propia y con independencia de los derechos que correspondan al editor en base al art. 119 LPI.

¹¹³ Como consecuencia de lo anterior, la coautoría en la obra derivada no alargará el período de protección de la obra original, que una vez transcurridos sesenta años de la muerte del autor, podrá ser tomada como base para posteriores reelaboraciones, por tratarse de una obra en dominio público. La misma solución ha de darse para el supuesto contrario: cuando la obra preexistente haya sido realizada en colaboración y en la obra derivada sólo haya participado alguno o algunos de los coautores. Con independencia de la necesaria autorización de todos los que participaron en la obra original, se trata de dos obras

ABRIR CAPÍTULO III.- 3.- RÉGIMEN JURÍDICO





ABRIR CAPÍTULO III.- 2.- REQUISITOS...

Únicamente habrá colaboración con respecto a los nuevos elementos aportados por la obra derivada. Se evita así que por este medio se alargue la duración de los derechos económicos.

Se ha planteado, también, el supuesto de que la obra originaria no sea tutelable civilmente por tratarse de una obra perseguible desde el punto de vista penal. En esta hipótesis, el transformador tampoco resultará amparado por la normativa legal, a menos que en la transformación se hayan omitido los aspectos que estuvieran en contradicción con el Ordenamiento jurídico. Se ha señalado como en esta hipótesis, a menos que el autor prestase su consentimiento para la refacción en el sentido expuesto de su trabajo -en cuyo caso también resultaría amparado-, sólo estaría protegido el transformador, con la particularidad de que en este supuesto especial el transformador no necesitaría la licencia previa del autor de la obra¹¹⁴.

Por nuestra parte, nos parece que en este punto no se pueden dar soluciones generales. Quizá se podría llegar a admitir que una obra ilícita fuera íntegra o parcialmente reproducida (en términos que excedan el mero derecho de cita) para su juicio crítico¹¹⁵, pues su finalidad ya no estaría prohibida por el Ordenamiento jurídico.

independientes.

¹¹⁴ VEGA VEGA, *op. cit.*, págs. 87 y 88.

¹¹⁵ Por ejemplo, parecería lícita una crítica del en su día famoso y corrosivo libro: "*El libro rojo del cole*". Su crítica, dirigida a un lector distinto que el original -pensado para el escolarizado-, no resultaría nociva, ni perseguida por el ordenamiento jurídico. Sería obra original en el sentido de que no requeriría autorización del autor de la obra preexistente y tampoco generaría ningún tipo de derechos para éste. En cambio, no parece admisible que una novela, -que en uno de sus capítulos se incurriera en apología del terrorismo, p. e.-, fuera transformada con la mera supresión de los pasajes que estuvieran en contradicción con la legalidad, beneficiándose el transformador del trabajo del autor del original sin necesidad de contar con su autorización.

2.1.2.- ¿Son obras derivadas los usos utilitarios de una obra subyacente?

El problema que ahora presentamos reside en averiguar si pueden ser consideradas adaptaciones, las producciones de las obras formales creadas para ser destinadas a la realización del objeto producido. Esto es, si las producciones resultado de los dibujos y modelos industriales son obras derivadas¹¹⁶. Supongamos el diseño de un vestido: ¿constituye la creación del vestido en sí una obra derivada, consecuencia de una adaptación del diseño?

Para que la aplicación del modelo resulte a su vez una obra derivada, creemos que además de la autorización del autor del diseño, el realizador del vestido ha tenido que hacer una aportación creativa, tan siquiera la elección de las telas, botones, etc. Lo que ocurre es que en la alta costura, como en la publicidad, la idea es difícilmente separable de la forma en la que se concreta¹¹⁷. Somos de la opinión de que en materia de usos utilitarios y artes aplicadas han de regir los mismos principios que cuando se trata de la adaptación a otro género cualquiera.

En cualquier caso, nuestra Ley, siguiendo la concepción francesa, admite la protección acumulada de la propiedad intelectual y de la industrial (art. 3.º2.º), por tanto, el dibujo no podrá ser aplicado sin el consentimiento de su autor, estando protegido, así contra las reproducciones ajenas.

2.1.3.- La obra preexistente en dominio público y colecciones de otros elementos o datos que por su selección o disposición constituyan creaciones intelectuales.

La obra preexistente puede encontrarse en el dominio público o estar

¹¹⁶ Para un estudio de la protección de los dibujos y modelos de utilidad véase BAYLOS, "Tratado..." cit., pág. 791 y ss., y bibliografía allí citada.

¹¹⁷ COLOMBET, op. cit., pág. 70.

aún en período de protección. Únicamente en este último caso es necesaria la autorización del autor o de sus causahabientes. El legislador, generalmente, al referirse a las obras derivadas está pensando en este supuesto.

Pero cuando una obra derive de otra anterior que haya caído en dominio público, aunque su autor no necesite de ninguna autorización, no por ello se sustrae del referido dominio la obra originaria que podrá seguir siendo libremente explotada y servir como base a nuevas obras derivadas, siempre dentro de los límites del art. 41¹¹⁸ del respeto a la autoría y a la integridad de la obra. Este respeto a la autoría debe ser mantenido incluso cuando se trata de obra de un autor desconocido, en el sentido de que deberá constatarse su anonimato.

En cuanto a las colecciones de otros elementos o datos que por su selección o disposición constituyan obras del ingenio, tienen en común con las obras en dominio público la innecesidad de la autorización.

Cuando dichas obras utilizan elementos tomados de obras preexistentes aún protegidas, para que sean lícitas es preciso que cumplan con los requisitos exigidos por el derecho de cita. Dentro de estas obras de colección queremos hacer una somera referencia a dos supuestos: las colecciones de música folclórica y los bancos de datos.

2.1.3.1.- Las colecciones de música folclórica.

Las obras folclóricas pertenecen, en principio, al dominio público, pero a la vez, cualquier autor es libre de inspirarse en el folclore sin que por ello

¹¹⁸ RODRIGUEZ TAPIA, "*Siete derechos...*", *cit.*, pág. 318. El tránsito de una obra al dominio público no exime de respetar la autoría, esto es, de utilizar libremente la obra pero con atribución correcta de la paternidad de la misma.

su obra pierda el carácter de original¹¹⁹. Que las expresiones del folclore pertenezcan al dominio público parece la postura más correcta.

Pero, ¿qué ocurre cuando es la concienzuda actividad del recopilador la que evita que estas manifestaciones folclóricas se pierdan, las clasifica, materializa y las edita?, ¿tienen derechos sobre ellas los meros intérpretes que se limitaron a ejecutarlas ante el recopilador?, ¿qué ocurre cuando el recopilador se limita a grabar mecánicamente dicha interpretación?

En teoría, el recopilador no podría prohibir la utilización de elementos que pertenecen al dominio público, consiguiendo la protección del *copyright* únicamente sobre la nueva composición; en la práctica, el compilador querrá proteger no sólo la selección en sí, sino también cada una de las partes de ésta, alegando ser el compositor o el adaptador de la obra¹²⁰.

En cierto modo con la recopilación del folclore se produce una especie de "hallazgo". El problema no se plantea cuando se trata de manifestaciones de música tradicional por todos conocidas, sino cuando es necesario un esfuerzo antropológico para su búsqueda. Búsqueda que resulta costosa y, por tanto, no parece justo tampoco que el editor que arriesgó su capital en tal empresa sea impunemente burlado en mor del dominio público.

Del trabajo de GOBIN¹²¹ podemos extraer varias conclusiones:

En primer lugar, han de ser atendidas tanto las pretensiones de los

¹¹⁹ Así lo decidió la Corte de casación civil francesa (1^{ra}, 32 oct. 1962, RIDA, abril 1963, núm. 27) con ocasión de las improvisaciones realizadas por Manitas de Plata inspiradas en el antiguo cante jondo andaluz.

¹²⁰ FRIEDMAN KLARMAN, B.: "*Copyright and Folk Music, a Perplexing Problem*", Bulletin of the Copyright Society of USA, vol. 12, no. 5, june 1965, pág. 286.

¹²¹ "*Les interprètes, collecteurs et éditeurs de musique folklorique*", RIDA, núm. 124 (1985), págs. 105 a 137.

intérpretes¹²², como las de los recopiladores y editores, quedando fuera los terceros que no participaron en sacar la música a la luz, para los cuales la obra recobrada no es de dominio público.

En segundo lugar, no se puede determinar *a priori* quien es el creador del folclore musical sin tener en cuenta las realidades del problema planteado¹²³. En consecuencia, hay que distinguir, por parte del intérprete, según se trate de folclore transmitido mediante formas invariables, en cuyo caso a falta de prueba se presume que no hubo autoría; por el contrario, cuando el folclore haya sido transmitido por medio de la improvisación no se puede dar una solución tan radical, puesto que la improvisación constituye una auténtica creación, en este caso opera la presunción a favor de la autoría. En cuanto al recopilador del folclore también ha de distinguirse según que el material recogido haya sido transcrito o grabado, caso en el que estaría más cerca del mero antologista. Pero también caben supuestos híbridos. Además, es frecuente que el Estado o las Universidades financien este tipo de trabajos¹²⁴.

¹²² Suele invocarse la injusticia que supone en los países en desarrollo que empresas extranjeras se beneficien del *folklore* de los mismos. Desde una óptica contraria, se puede alegar que gracias a este método se preserva el acervo cultural de dichos países.

¹²³ *Ibidem*, pág. 115.

¹²⁴ Dejando aparte otras consideraciones, respecto a las obras científicas creadas por los profesores en el seno de las Universidades se ha llegado a decir que no resulta tan inverosímil que el *copyright* pertenezca a éstas como empleador. Sin duda, el sistema universitario suministra incentivos para la creación. Los escritos publicados se tienen en cuenta a la hora de establecer jerarquías y salarios, se espera que los meses de verano sean empleados parcialmente en actividades escolares, la posibilidad de tomarse sabáticos para dedicarlos a la investigación, las situaciones de incompatibilidad, que generalmente se provea a los profesores de un espacio de oficina, mobiliario, teléfonos, armarios, amplios privilegios bibliotecarios, asistencia secretarial o, incluso, el beneficio de utilizar a estudiantes graduados como ayudantes para la búsqueda de material. Bajo las leyes fiscales estos beneficios no son consideradas rentas del profesor. Todo apunta hacia una obra creada bajo el cumplimiento de una relación laboral (ROME, W. A.: "*Scholarly Writings in the University Setting: Changes in the Works and on the Books*", in "*Copyright Law Symposium*", no. 35, Sponsored by The American Society of Composers and Publishers (ASCAP), Ed. Columbia University Press, New York, NY, 1989, págs. 56-59). Lo anterior ha sido dicho de obras científicas cuya autoría corresponde por completo a los asalariados, cuanto más si se trata de obras en dominio público.

De acuerdo con la legislación española, y salvo la autoría que pudiera corresponder a unos u otros en base a las adaptaciones e improvisaciones creativas realizadas, hay que resolver la situación conforme a lo previsto para los derechos conexos a la propiedad intelectual. Esto es, los derechos de los artistas e intérpretes o ejecutantes que transmitieron oralmente al recopilador la tradición popular estarían únicamente protegidos si los fonogramas explotados recogen su propia interpretación, pero no como transmisores del saber popular. Por su parte, los recopiladores y editores estarían protegidos únicamente en base a lo dispuesto en el art.119 y 120 LPI; esto es, tendrán los mismos derechos que hubieran correspondido a sus autores pero por un período limitado a diez años contados desde el primero de enero del año siguiente a su publicación. Ahora bien, con respecto a las selecciones y recopilaciones del material folclórico recogido, el recopilador ostentará los derechos de propiedad intelectual en los términos previstos por el art. 12 LPI.

2.1.3.2.- Especial consideración a las bases de datos.

Últimamente, estamos asistiendo a un proceso en el que el acceso a la información que tradicionalmente se obtenía por medio de material de referencia bibliográfica publicado en grandes volúmenes, es ahora utilizable a través de una variedad de bases de datos descifrables mediante la lectura por el ordenador.

Los bancos de datos deben efectuar una selección y una clasificación de los datos, ya estén éstos protegidos o no por la propiedad intelectual. Pero, el banco no debe contentarse con seleccionar y clasificar el material sino que, además, debe suministrar los instrumentos para penetrar en la clasificación y encontrar la información buscada¹²⁵. Pueden consistir en un

¹²⁵ En este sentido, la Exposición de Motivos de la propuesta de directiva del Consejo de las Comunidades europeas relativa a la protección jurídica de las bases de datos (COM (92) 24 -inal- SYN 393, Bruselas, 13 de mayo de 1992) ha señalado que *"el autor de una base de datos no se limita a recoger y ordenar mecánicamente su material. A la materia prima le añade un nuevo valor añadido que corresponde al tratamiento de la misma. En algunos casos*

método para acceder a dicha clasificación, método que generalmente va ilustrado por una especie de guía de instrucciones que está para facilitar la utilización¹²⁶.

Las bases de datos pueden incluir, pues, tanto material protegido por el derecho de autor¹²⁷, como información fáctica no susceptible de propiedad intelectual¹²⁸. Tanto las bases formadas por material protegible, o por otros elementos fácticos, estarán protegidas en cuanto la selección o disposición

puede llevar a la creación de una nueva obra derivada...".

¹²⁶ KEREVER, A.: "*Protection par le droit d'auteur ou protection «sui generis»?*", en "*Banque de données et droit d'auteur*", Ed. Libraries Techniques, Paris, 1987, pág. 72 y ss.

¹²⁷ Sobre la protección jurídica existente para los distintos elementos de las bases de datos, véase ARESTÍ GUTIERREZ, E. de: "*La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad europea*" en "*La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pág. 131 y ss.

¹²⁸ Una de las clasificaciones más utilizadas para las bases de datos es la que divide según el tipo de información que almacenan:

-Las bases de datos *referenciales* remiten a otra fuente para completar su información. Estas bases de datos se subdividen a su vez en: *bibliográficas*, que contienen citas -a veces con resumen- de literatura impresa: libros, artículos de revistas, patentes, informes, noticias de prensa...; y *directorios*, que contienen referencias -a veces con extractos- de información relativa a organizaciones, individuos, materiales audiovisuales...

-Las bases de datos *fuentes* proporcionan el dato original o el texto completo de la fuente primaria de información (BERENGUER PEÑA, J. M. y MARTINEZ SCHEIFLER, B.: "*Las bases de datos, a simple vista*", coordinada por BLAZQUEZ GODOY, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1986, pág. 35).

Estos materiales, para el operador de la base de datos constituyen "documentos", un término genérico que denota unidades de información o análisis. Para él consisten en conjuntos homogéneos de vectores de información. En cambio, el jurista ha de distinguir según se trate de documentos que constituyan obras protegidas u otros documentos (KEREVER, A.: "*Legal Data Banks and Copyright in France*", *Copyright*, december, 1981, pág. 317 y ss.).

Dentro de la categoría de documentos no aptos para conseguir el amparo de la propiedad intelectual tenemos los textos oficiales contenidos en el art. 13 LPI. La doctrina francesa, aun a falta de un artículo en este sentido, ha llegado a la misma consecuencia. Pero, en cambio, cuando se trata de bancos de datos, algunos juristas franceses consideran que los encabezamientos y resúmenes de las sentencias son separables de las de las decisiones judiciales, puesto que ninguna de ellas cumple la función compulsiva sobre las partes que tiene que derivar de su actividad (COLOMBET, citado por KEREVER, *op. y loc. anteriormente cit.*, opinión a la que se adhiere, añadiendo como para que esos textos sean elegibles para obtener la protección del derecho de autor, sin embargo, han de ser, además, originales. Esta condición viene determinada por la elección de palabras que requiere un esfuerzo creativo personal que puede resultar diferente dependiendo de la personalidad, formación o intereses del autor).

de las materias sean originales (art.12 LPI). Las bases que únicamente incluyan elementos no susceptibles de protección por la propiedad intelectual serán obras originales, si su selección y clasificación también lo es; las que inserten material protegible constituirán auténticas obras derivadas. Por tanto, al igual que en el resto de las obras derivadas, para contener obras protegidas, a su vez, el autor de la base de datos ha de contar con la autorización del autor de dichas obras¹²⁹ (art. 9.º1).

Con respecto al uso de obras protegidas se ha señalado la diferencia existente cuando lo que suministran los bancos son los índices y extractos, y cuando es la inclusión del texto completo. En cualquier caso, cuando se incorpora completamente el texto al banco de datos, se requiere la autorización de los titulares del derecho y habrá infracción patente de los derechos de los autores y de los editores por el almacenamiento y búsqueda del texto completo de la obra protegida si no media la autorización correspondiente¹³⁰. Si el banco provee únicamente de breve información será considerado como uso permisible; pero se requiere el consentimiento del autor para resúmenes más extensos¹³¹.

¹²⁹ Como justamente se ha subrayado, si los datos constituyen obras protegidas, la elección y clasificación del banco estarán protegidas por la aplicación directa del artículo que otorga protección a las antologías (KEREVER, "Protection...", pág. 75).

¹³⁰ ULMER, E.: "Problems Arising from the Use of Electronic Computers and Related Facilities for Storage and Retrieval of Copyright Works", *Copyright*, july-august 1979, pág. 201. Añade cómo aunque en la práctica actual la inclusión del texto entero es aún infrecuente, el desarrollo de sofisticados sistemas informáticos de almacenamiento y búsqueda de datos puede revolucionarse de tal manera que puede llegar incluso a reemplazar las obras impresas completamente, como señaló el Comité Whitford.

Dichos casos no suscitan problemas con respecto a la protección de la base de datos en sí misma considerada; la originalidad vendrá determinada por su selección y ordenamiento y constituirá una antología electrónica de obras preexistentes o de adaptaciones de tales obras. El problema básico consiste en la rapidez que exige la actualización, que tenderá a entorpecerse por la necesidad de obtener caso por caso la autorización de los titulares. Por ello, se ha propuesto promover la creación de órganos de gestión colectiva, en los cuales, grupos de editores puedan funcionar como representantes en la negociación de *blanket licences* o licencias generales (CORRAL BELTRAN, M.: "Copyright and Data Bases: a Worry or a Challenge?", *Copyright*, 1987, págs. 166 y 167).

¹³¹ ULMER, *op. y loc. cit.*

Aun en los casos de reproducción total de la obra, hay que distinguir según los bancos tengan por primera materia obras plásticas, musicales, vídeo, etc. y bancos que trabajen con materiales literarios. La hipótesis de que un banco de la primera categoría introduzca las obras recompuestas a partir de las originales para sus necesidades, parece por lo menos bastante marginal. Sólo a propósito de los bancos literarios conviene preguntarse por esta posibilidad¹³².

Con respecto a la inclusión en los bancos de datos de resúmenes y abstractos de obras protegidas surge de nuevo con virulencia el problema de la dicotomía entre idea/expresión. En este campo, la jurisprudencia francesa ha proporcionado muchas de las herramientas a la doctrina y a los legisladores¹³³.

¹³² VIVANT, M.: *"Etendue de la protection par le droit d'auteur: les données protégées - le traitement des données"*, en *"Banque de données et droit d'auteur"*, Ed. Librairies Techniques, Paris, 1987, pág.16 y ss.

¹³³ En relación a la utilización de obras protegidas por bancos de datos se ha hecho famoso el caso *Microfor v. Le Monde*: la sociedad canadiense *Microfor* creó un "índice de artículos" que incluía datos bibliográficos de varios periódicos franceses, entre ellos *Le Monde*. El índice estaba dividido en dos secciones, una temática, que listaba los artículos por medio de palabras clave, y otra cronológica, a la que el lector era referido mediante la primera sección y en la cual se numeraban los artículos y se incluía un sumario descriptivo (*"Les différentes étapes de l'affaire 'Microfor' contre 'Le Monde' (Annexe I)"*, en *"Banques de données et droit de auteur"*, colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri Desbois (IRPI) et l' Université de Paris-Dauphine (Paris, 27 novembre 1986), Ed. Librairies Techniques, Paris, 1987, pág. 141 y ss.). *Le Monde* estimó que esta publicación infringía su derecho de reproducción.

En el curso de los juicios a los que el caso ha dado lugar, se planteó, entre otros temas, la noción de obra derivada. Tanto en Primera Instancia como en Apelación, los jueces estimaron que el índice era una "obra derivada", establecida a partir de una obra preexistente: el diario *Le Monde*, después de lo cual, señalaron que el índice supone una reproducción parcial de la obra preexistente. Para llegar a esta solución era innecesario traer a colación el concepto de "obra derivada". Tras calificar la obra de derivada, lo consecuente hubiera sido invocar el régimen que correpondería a la misma (KEREVER, A.: *"Les arrêts microfor"*, RIDA, núm. 137 (1988), pág. 25 y ss.).

El Tribunal de Casación (sentencia de 9 de noviembre de 1983) disoció el estatuto jurídico de los resúmenes descriptivos de los demás elementos del índice. Los resúmenes son reproducciones parciales, subordinadas a la autorización del autor, salvo si se trata de los supuestos de límites a la propiedad intelectual. En contrapartida, los elementos distintos de los resúmenes, a pesar de ser obra derivada no constituyen una reproducción de la obra preexistente y no están sometidos al derecho del autor de esta última. Los magistrados se justifican con un argumento que rompe con todos los principios de la propiedad intelectual: si la obra derivada hubiera ofrecido una exposición sustancial del contenido de la obra preexistente que permitiera al lector prescindir de la consulta de la misma obra, la solución

Lo que aquí más nos interesa subrayar es que los resúmenes o extractos, mientras no incorporen la *forma* de la obra preexistente y tengan su propia estructura, no precisan de la autorización del autor de la obra subyacente por tomar únicamente prestado el *fondo*¹³⁴. Este planteamiento es congruente con los principios generales de la propiedad intelectual, pero casa mal con la pretendida necesidad de autorización exigida para la realización de compendios, resúmenes y extractos del art. 11. 3.º LPI, los cuales para ser creativos y, por tanto, merecedores de la protección a la propiedad intelectual,

habría sido distinta.

Este criterio del carácter sustituible de la obra ha sido muy criticado puesto que suscita dificultades teóricas y prácticas. Dificultades teóricas porque introduce en el derecho de autor una lógica que no es la suya, creando una categoría que la ley ignora. Dificultades prácticas porque con ésto no se puede más que reforzar la incertidumbre en la práctica: ¿para qué se va a reconocer al resumen sustituible? (VIVANT, *op. y loc. cit.*).

Pero la cuestión presenta además otras incertidumbres. En el campo estrictamente literario, nadie osaría discutir que un resumen consistente en unas pocas líneas o una cita breve podrían reemplazar la lectura del artículo de revista, menos aún de un libro. Pero ¿qué ocurre en el campo científico? Con respecto a la ciencia, hay más interés en los datos "a secas", en los resultados, que en la presentación formal de esos datos, lo cual hace realmente innecesaria la lectura del trabajo entero. Bajo estas circunstancias, ¿estamos en el campo de las ideas no protegidas o en el de la excepción al derecho de cita? (CORRAL BELTRAN, "*Copyright and Data Bases...*" *cit.*, pág. 166). También parece partidario del criterio de que sea reemplazada la obra preexistente ULMER, *op. y loc. cit.*

Sin embargo, como se ha recordado (GINSBURG, J. C.: "*Banque de données et droit d'auteur aux Etats-Unis*", en "*Banques de données et droit d'auteur*", Ed. Libraries Techniques, Paris, 1987, pág.100 y ss.), ni en los Estados Unidos ni en Europa, las informaciones contenidas en una obra de naturaleza científica pueden ser objeto de propiedad literaria. Se debe pues hacer una distinción entre la "idea" (no protegida) y la "expresión" (protegible). Evidentemente, en estos casos aparecen fuertes connotaciones de la competencia desleal. ¿Porqué, entonces, no se reconduce simplemente al terreno de la competencia desleal? Esta autora observa como en los Estados Unidos la razón reside en que mientras que el derecho de autor es de competencia federal, el derecho de competencia pertenece a las jurisdicciones estatales y los jueces caen en la tentación de aplicar el derecho de autor con el propósito de reprimir un comportamiento poco loable. De este criterio se ha dicho que no es absolutamente objetivo, puesto que depende del fin subjetivamente perseguido por el usuario (VIVANT, *op. y loc. cit.*).

Finalmente, el Tribunal de Casación, en su sentencia de 30 de octubre de 1987, consideró que el índice constituía una "obra que contiene citas", por tanto, las citas son libremente utilizables. Cuando la obra secundaria es una obra de información, puede estar constituida por la reunión y clasificación de las mismas. Por el contrario, se exigirá que la obra a la que se incorporan las citas tenga carácter crítico y finalidad docente o de investigación.

¹³⁴ Salvo, si se trata, eventualmente, de palabras cuya presencia es científicamente necesaria como es el caso de los índices (VIVANT, *op. y loc. cit.*). Parece pues, que en este caso el préstamo de ciertos elementos formales imprescindibles no condicionaría la necesidad de autorización.

deben presentar una redacción diferente¹³⁵. Se trata de principios difícilmente armonizables y en última instancia, deberá resolver el juez.

En la medida de lo posible, las soluciones a los problemas que se plantean en el campo del derecho de adaptación con respecto a las bases de datos no deben diferir de los términos propuestos para las demás categorías de creaciones intelectuales. En este sentido, el art. 4.ª de la propuesta de Directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, presentada al Consejo el 13 de mayo de 1992, precisa que el material bibliográfico o ciertos elementos de información que no sustituyan a la obra original, podrán ser introducidos en la base de datos sin la autorización del titular del derecho sobre la obra o material.

Si habiendo tomado prestado únicamente el fondo de la obra primaria, el autor de ésta se considera perjudicado, será más adecuado que busque su protección a través de la teoría de la competencia desleal¹³⁶ o del enriquecimiento sin causa que mediante los derechos de autor, salvo que en dichos extractos no se hayan respetado sus derechos morales, especialmente los derechos a la paternidad y al respeto de la obra.

Por su parte, la situación respecto al uso de los datos obtenidos por el usuario a través de sistemas informáticos, salvando las distancias, se asemeja

¹³⁵ Vid *supra*, I), 4, IV.

¹³⁶ No en vano, la Corte de Casación, en el precitado caso *Microfor*, hacía referencia a la distinta solución a la que se habría llegado de haber consistido los resúmenes en una exposición sustancial que permitiera al lector prescindir de la obra preexistente. Con este concepto se acercaban más a los actos de competencia que a las nociones propias del derecho de autor.

BERCOVITZ ha señalado que la competencia desleal y el derecho de autor son dos formas de protección jurídica de intereses que pueden complementarse, como lo recoge expresamente el art. 3.º del Convenio de Ginebra de 1971. Añadiendo que en el marco jurídico de la competencia desleal hay que tener presente, también, el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.º del Código civil) y el enriquecimiento injusto o sin causa (*"La protección de los productores de fonogramas en España"*, en Libro Homenaje al profesor Beltrán de Heredia y Castaño, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pág. 98).

a la que se produce respecto de los datos e información que se extraen de un libro. Normalmente en los contratos suele constar, cuando están protegidos por el derecho de autor, el carácter reservado de los mismos¹³⁷.

2.2.- La necesaria autorización del autor de la obra subyacente.

El art. 9.º dispone que la obra nueva que incorpore una obra preexistente necesita la autorización del autor de ésta última. La autorización supone una condición indispensable para la lícita explotación de la obra derivada y no es una consecuencia del régimen jurídico de las mismas.

La ley peca de excesiva ambigüedad al limitarse a requerir la "autorización" del autor de la obra preexistente, sin precisar las características de forma y contenido de la misma¹³⁸.

Ahora bien, la falta de autorización no impide la creación de la obra derivada, sino que, únicamente, hace ilícita su explotación¹³⁹. Si tras crear la obra derivada el autor no obtiene la referida autorización, deberá resignarse a no divulgar la obra derivada o esperar a que la obra preexistente caiga en dominio público para poder así explotar su obra.

A pesar de los términos en los que se expresa el art. 9.º, exigiendo únicamente la autorización del autor, parece que cuando éste haya cedido en

¹³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C.: *"La contratación en materia informática"*, RJE La Ley, año XIII, núm. 3005, 19 mayo 1992, pág. 10.

¹³⁸ En este sentido, RAMS estima que sería aconsejable, que se exigiera por las normas una manifiesta y explícita declaración de voluntad del autor o del cesionario del derecho de explotación, en vez de acudir a un término indeterminado, como el de autorización, que es preciso integrar en cuanto a su alcance (*"Comentario al art. 21" cit.*).

¹³⁹ La doctrina parece unánime en que la autorización es un requisito para licitud de la explotación, no un presupuesto para la creación. "La obra no podrá ser utilizada lícitamente (y digo utilizada y no realizada porque la mera realización no puede impedirse, del mismo modo que no se impide leer el libro y copiarlo para uso propio) sin el consentimiento del autor o de sus derechohabientes mientras dure el correspondiente derecho" (ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 651).

exclusiva el derecho de transformación, habrá que contar además con la autorización del cesionario¹⁴⁰.

Respecto a las autorizaciones para explotar una obra derivada se puede plantear una curiosa situación: cuando la obra original haya sido realizada en el marco de un contrato de trabajo y el mismo autor haya creado una obra derivada pero fuera del ámbito laboral, pues el autor de ambas obras no ostenta sin embargo la totalidad de los derechos de autor sobre la obra original. En consecuencia, para la explotación de la obra derivada se exigirá la autorización del empresario cuando se trate de una explotación que esté ligada a la actividad habitual del mismo¹⁴¹.

2.2.1.- Forma.

En primer lugar, hemos de plantear si es necesario que la autorización sea previa a la divulgación de la obra derivada o si cabe la ratificación posterior. Puesto que la carga de la prueba pesa sobre el autor de la obra derivada, somos de la opinión de que es preferible que la autorización sea obtenida con anterioridad¹⁴². No obstante, -creemos- la autorización subsiguiente a la comercialización también legítima al autor de la obra derivada. La autorización del autor tiene gran trascendencia, ya que en muchos supuestos la acción de transformar una obra sin autorización puede llegar a inculparse como delictiva¹⁴³ (art. 534 *bis a*) del C. p.).

En segundo lugar, debemos dilucidar si basta con una autorización

¹⁴⁰ Como se analizará *infra* § 3.1.2.2 de este mismo capítulo, la autorización para la transformación de la obra es un negocio *intuitu personae* y, por tanto, el titular en exclusiva no puede, en principio, transmitir este derecho sin el consentimiento expreso del cedente.

¹⁴¹ BARTA, J.: "Le droit d'auteur et la créativité d'employé", RIDA, núm. 121 (1984), pág. 121.

¹⁴² Como formulario de autorización véase el propuesto por DORR, R. C. & MUNCH, C. H.: "Protecting Trade Secrets, Patents, Copyright and Trademarks", pág. 204.

¹⁴³ VEGA VEGA, *op. cit.* pág. 88.

tácita. La mayoría de la doctrina parece proclive a considerar posible que la autorización sea otorgada de manera tácita¹⁴⁴. Lo que ocurre es que, como hemos dicho, la carga de la prueba recae sobre quien alega que hubo autorización y, mientras no se pruebe que la hubo, la licitud de la obra derivada será claudicante¹⁴⁵.

En tercer lugar, hemos de analizar si es necesaria la forma escrita, o si basta con una autorización verbal. En principio, la autorización no parece un acto formal¹⁴⁶. Sin embargo, a la vista del art. 45, y como cesión que es

¹⁴⁴ En este sentido, RODRIGUEZ TAPIA observa como es posible que la autorización se otorgue de manera tácita, imaginando la asistencia del autor de la obra incorporada al estreno de la obra nueva o a su presentación sin formular objeción alguna o, de forma más explícita e irrefutable, prologando la obra compuesta ("*Comentario al artículo 9.º cit.*", pág. 191). Por su parte, GETE-ALONSO con respecto al contenido concreto de las cesiones, admite que junto a la declaración de voluntad expresa también la *declaración de voluntad tácita*: la cesión sólo alcanza aquello "que se deduzca necesariamente del propio contrato" (art. 42. 2, 2.ª parte). En todo caso, se excluye la declaración de voluntad presunta ("*Comentario al artículo 43*", en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 675).

¹⁴⁵ Ante el Tribunal civil del Sena (Tribunal civil del Sena, 6 de mayo de 1914, *Gaz. Pal.* 1914-2-394) se planteó un caso que puede resultar interesante. Courteline y Lévy habían escrito en colaboración una obra titulada *Le Commissaire est bon enfant*. El primero de éstos, actuando por su cuenta y sin el consentimiento del segundo, celebró un contrato con la Sociedad Gaumont por el que autorizaba a dicha empresa a realizar una adaptación cinematográfica de la citada obra, así como a representarla públicamente, pero tuvo la precaución de poner en conocimiento de su colaborador el contenido del contrato que acababa de concluir, no oponiéndose Lévy al mismo hasta la novena representación. Courteline solicitó al Tribunal que sancionara la validez del contrato ya que su silencio había durado hasta tolerar nueve representaciones.

Los jueces rechazaron la demanda diciendo que "el silencio sólo implica adhesión a una obligación cuando aquel que lo guarda ha sido directamente interpelado sobre el objeto y fin de la misma y que mediante requerimientos o actos equivalentes, pero no equívocos, ha sido requerido o provocado de manera que no deje lugar a dudas para que se explique respecto a las consecuencias que pueden derivarse de la abstención;... el simple silencio, su tolerancia sobre las nueve representaciones... no podrá ser considerado como prueba de adhesión suficiente a las convenciones puramente verbales estipuladas entre Courteline y la Sociedad Gaumont, pues hubiera sido necesario notificarle los acuerdos detallados y requerirle -fijándose un plazo razonable- para que llegado el caso mostrara su disconformidad...". De esta sentencia no sólo se extrae el principio de unanimidad entre los coautores para los actos de explotación (GERARD, P. D.: "*Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos*", traducción y notas al Derecho español de Manuel Parés Maicas, Ed. Ariel, Barcelona, 1958, pág. 221 y ss.), sino que también, podríamos añadir nosotros, el rigor a la hora de admitir cuando hay autorización tácita del autor de la obra preexistente.

¹⁴⁶ En este sentido, RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pág. 191. Aunque sin embargo, más adelante (pág. 193) señala como si la obra fue autorizada en virtud de una transmisión de derechos, parece que la remuneración estará sujeta, entre otras a la regla de del art. 45

de los derechos de autor (art. 17, en relación con el art. 43.1), resulta dudoso que como tal no haya de ser formalizada por escrito. La exigencia de forma escrita se establece en beneficio del autor, -en este caso en beneficio del autor de la obra originaria-, de modo irrenunciable (art. 55). La cesión puede hacerse a título oneroso o gratuito, también puede ser total o parcial, y por último puede ser exclusiva o no¹⁴⁷. Cabe entonces, perfectamente, referida tanto a la autorización unilateral del autor como al contrato de transformación.

En consideración a la segunda parte del art. 45, -el cual prevé, ante el incumplimiento del requisito formal, en vez de la nulidad del contrato, que el autor pueda optar por la resolución del mismo-, la forma prescrita sería *ad probationem*, no *ad solemnitatem*.

Dados los términos categóricos del art. 45, parece indudable la exigencia de forma escrita, aunque la literalidad del precepto no impide que sea privada; se contenta con que la forma sea escrita. Sin embargo, sólo contempla que el incumplimiento formal sea causado por el cesionario¹⁴⁸ y nada dice si el incumplimiento procede del cedente.

A mi juicio, si el incumplidor, en cuanto a la forma escrita, es el autor de la obra preexistente nada obsta para que la obra derivada subsista con plenitud de efectos, para lo cual el autor de la obra derivada tendrá que probar por todos los medios que el Derecho reconoce -salvo la forma escrita, naturalmente- la existencia de la cesión. Más, si el que incumple es el autor de la obra derivada (el cesionario), la protección del cedente está explicitada en el texto del art. 45, en el sentido de que, previo requerimiento fehaciente

(forma escrita). Por nuestra parte consideramos que toda autorización para la explotación de una obra derivada supone una transmisión de derechos.

¹⁴⁷ TORRES LANA, J. A.: "Comentario al artículo 45", en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 697.

¹⁴⁸ En el supuesto que nos ocupa, puesto que se refiere a la cesión del derecho de transformación por parte del autor de la obra preexistente, habrá que entender por "autor", él de la obra originaria, y por "cesionario", el autor de la derivada.

al cesionario para la formalización por escrito y negándose éste a llenar dicha formalidad, el contrato de cesión decae si aquél opta por la resolución.

Entendemos que *mutatis mutandis* sería aplicable lo dispuesto en el art. 1280 del C.c. que siempre debe interpretarse a la luz del art. 1279 del mismo cuerpo legal. Esto es, que aunque el art. 45 utiliza el vocablo *deberá*, de igual forma el art. 1280 del C.c., nada impide que si las partes -en nuestro caso, autor de la obra preexistente y autor de la obra derivada- celebran un contrato de cesión sin la referida forma escrita, nada impide que se produzcan plenos efectos. La forma escrita es, pues, *ad probationem* pero con desigual trato para los autores.

Pero hasta aquí hemos venido haciendo referencia únicamente, a la posibilidad de resolución del *contrato* de transformación, excluyendo, al parecer, los simples actos, en los que el autor se limite a un simple acto de autorización. Parece que en este último caso el autor de la obra original no podrá ser compelido al cumplimiento de la forma escrita.

La autorización no es siempre posible. En un género concreto de música, la existencia y uso de versiones no autorizadas es quizá la regla general y no la excepción. Las improvisaciones no autorizadas de una obra musical preexistente aún protegida en el género del *jazz* - que frecuentemente contienen elementos creativos- es costumbre habitual. Para tales actuaciones es prácticamente imposible obtener la autorización de los titulares de la obra original¹⁴⁹. Pensamos que quizá, una solución podría ser tolerar las ejecuciones de estas obras derivadas sin requerir la autorización previa, aunque se trate de verdaderas divulgaciones, y sin embargo exigirla para la explotación discográfica de las mismas.

¹⁴⁹ GYERTYANFY, *op. cit.*, pág. 107.

2.2.2.- Capacidad de obrar del autor de la obra preexistente.

Según el art. 44 *"los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo, tienen plena capacidad para ceder los derechos de explotación"*. Parece que la cesión del derecho de transformación ha de estar incluida entre las posibles¹⁵⁰.

Con respecto al menor no emancipado, su autorización necesitará del complemento de su representante legal. Ahora bien, creemos que la autorización gratuita ha de ser equiparada a una donación¹⁵¹ distinta de las de mero uso, que no podrá ser hecha ni por el autor, ni por su representante legal.

2.2.3.- Contenido. Autorización condicional.

El contenido de la autorización puede ser muy variado. Ya hemos dicho como la autorización puede ir contenida en un acto de licencia simple o puede formar parte de un contrato de transformación. El contenido mínimo será la declaración de voluntad inequívoca del autor de la obra preexistente en el sentido de permitir la explotación de la obra que de la suya deriva.

Para evitar futuros problemas, se aconseja que en ella se haga constar expresamente su objeto, ámbito territorial, derechos concedidos y el sistema

¹⁵⁰ Aplíquense aquí todos los inconvenientes vistos sobre este artículo al ocuparnos de la capacidad de los autores en las obras en colaboración y obras colectivas, y la bibliografía en ellos citada.

¹⁵¹ Dejando a parte tanto el tema de si la autorización puede o no ser una verdadera donación como el de si la donación es un acto o un contrato, existe una identidad de razón al tratarse de un acto de pura pérdida para el menor que exige plena capacidad de disposición.

de participación en los rendimientos de la obra derivada¹⁵².

Dentro del contenido de la autorización, podemos plantearnos si caben las autorizaciones condicionales. Nada obsta para que la autorización pueda condicionarse a cualquier evento futuro e incierto, tanto en forma suspensiva como resolutoria, afirmativa o negativa.

El autor de la obra originaria es el juez absoluto para autorizar la transformación, como consecuencia de un derecho exclusivo, el "*derecho de transformación*", siendo incensurable que la negativa a prestarla se deba al mero capricho¹⁵³. Parece entonces que, -siguiendo el viejo aforismo de que "quién puede lo mucho, puede lo poco"-, quien tiene poder para otorgar o denegar un derecho, también lo tiene para concederlo de forma limitada.

La posibilidad de otorgar autorizaciones condicionales es pues predicable tanto en las autorizaciones a título gratuito como en los contratos de transformación, consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad. ¿Pero, hasta dónde pueden alcanzar dichas condiciones?

Con ocasión de la reciprocidad entre el derecho patrimonial de transformación y el derecho moral de integridad de la obra, vimos algunas de las soluciones adoptadas para que la obra original no sea distorsionada, y si lo fuera, que los derechos morales queden a salvo¹⁵⁴. Pero, ¿qué ocurre en el ámbito contractual?

Muchos son los autores que tentados por obtener una difusión mayor

¹⁵² GONZALEZ GARCIA, *op. cit.*, pág. 547.

¹⁵³ GIANNINI, *op. cit.*, págs. 155 y 156.

¹⁵⁴ Recordemos como no siempre que la obra derivada difiera de la original hay infracción de los derechos morales. El autor de la obra derivada ha de contar con cierto margen de libertad creativa. Otras veces, la disparidad puede redundar en la calificación de la nueva obra como verdadera obra original si únicamente se tomaron prestados elementos no susceptibles de protección.

de su obra conceden gustosos su autorización para que su obra sea adaptada y llegar así a un público de otro modo inalcanzable. La desilusión es grande cuando comprueban que la obra adaptada poco o nada tiene que ver con su original. El mejor método para combatir esta práctica es obtener las mayores garantías contractuales. Una vía bastante adecuada puede ser estipular una cláusula que deje al cedente la facultad para apreciar la fidelidad de la adaptación a la obra original, imponiendo, en caso negativo, el cambio de título y el nombre de los personajes principales. Pero puesto que bajo el escudo del derecho al respeto, el autor -o su causahabiente- no se puede instituir en juez y parte, en caso de discrepancias se debe someter a la autoridad judicial¹⁵⁵.

Pero, ¿cabe utilizar esta misma solución cuando la adaptación no infrinja el derecho a la integridad de la obra, condicionando la licitud a la exclusiva subjetividad del autor de la obra preexistente?

En términos generales parece que la respuesta ha de ser negativa. La autoría, incluso cuando se trate de una adaptación, exige cierto ámbito de libertad¹⁵⁶, el cual será mayor, cuanto más grande sea la diferencia entre los géneros adaptados. Este es el precio que el autor tiene que pagar por ver adaptada su obra. Ahora bien, si el autor en la autorización hizo especial

¹⁵⁵ DESBOIS llega a esta conclusión, al analizar una cláusula en la que se facultaba al autor para que, después de la visión de una película, si consideraba que el espíritu de la obra no había sido respetado en la adaptación, poder cambiar el título y los nombres de los personajes principales. El profesor DESBOIS aconseja a los autores que consientan en la adaptación de su obra a insertar una cláusula modelada como ésta que la Sociedad Interlit [causahabiente del novelista] tuvo la habilidad de imponer a su cocontratante, Intermondia ("Le droit d'auteur...", cit, pág. 760.).

¹⁵⁶ Para la doctrina clásica, el adaptador, además de estar obligado a mantener el fondo o esencia de la obra y de la previa autorización, tendría que sujetarse a las condiciones que él mismo le imponga (LOPEZ QUIROGA, J.: *"La propiedad intelectual en España. Estudio teórico y práctico de la Ley y Reglamento vigentes"*, Madrid, 1918, págs. 19 y ss. y 102). Modernamente, se reconoce y respeta un ámbito de libertad creativa del adaptador. Así PARES MAICAS, criticando en parte esta opinión, estima que el adaptador goza de libertad de iniciativa en cuanto a la manera de realizar la adaptación, que puede plasmarla del modo que crea más adecuado ("*Notas de Derecho español a la obra de Gerard: Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos*" cit., pág. 238).

mención de su deseo de mantener intacto determinado elemento, aunque no afecte para nada al espíritu de la obra, y el adaptador consintió, creemos que ha de ser respetado. Admitir lo contrario iría contra el principio de la buena fe contractual.

Puesto que la autorización únicamente es necesaria para la explotación de la obra, cabe, perfectamente, que el autor posponga cualquier tipo de autorización a que la adaptación le satisfaga. Lo que ocurre es que parece inverosímil que el autor de la obra secundaria se aventure en la empresa de la creación a riesgo de no poder explotarla, especialmente, cuando su creación requiera grandes inversiones.

En cuanto a la posibilidad de admitir la autorización sometida a término, en principio, no parece aceptable la autorización prestada por un límite de tiempo, transcurrido el cual, la obra derivada no podría ser objeto de posteriores explotaciones, salvo si se volviera a obtener otra autorización. La ilicitud sobrevenida de la obra derivada chocaría con los propios derechos que el autor de la obra derivada adquiere por su creación.

La creación es el único modo de adquisición originaria de la propiedad intelectual¹⁵⁷. Así lo dice el artículo 1.º: "la propiedad intelectual... corresponde al autor *por el solo hecho de su creación*". Por eso se ha dicho que la creación es un hecho jurídico pues, aunque intervenga la voluntad del sujeto, lo relevante jurídicamente es la creación y no la voluntad¹⁵⁸.

Ahora bien, en primer lugar, como la obra derivada incorpora un material que no ha sido creado por el autor de la misma, para obtener los derechos es preciso que haya mediado la autorización del autor de la obra

¹⁵⁷ Véase la teoría de la propiedad-creación vislumbrada por SAVATIER y desarrollada por RECHT (*op. cit.*, pág. 229) de la que ya hemos hecho referencia en algún otro lugar, en la cual se compara la adquisición por medio de la creación a la adquirida por la ocupación.

¹⁵⁸ PEÑA, "Comentario a los artículos 428 y 429" *cit.*, pág. 747 y ss.

preexistente¹⁵⁹; por tanto, los derechos de explotación de la obra derivada sobre el material prestado de la obra preexistente se adquieren de forma derivativa. Justamente, se ha señalado que la adquisición de la propiedad intelectual es derivativa en cuanto se basa en el derecho del autor de la obra originaria, pero es originaria en cuanto que la transformación produce *nuevos* objetos y *nuevos* derechos¹⁶⁰. Podemos decir, entonces, que la creación de la obra derivada no produce una adquisición plena de derechos.

El autor de la obra derivada, únicamente, es "autor" respecto a los elementos por él creados y no se puede arrogar la autoría sobre el material prestado de la obra preexistente.

En lo referente al derecho de las obligaciones, un pacto que prevea la explotabilidad de la obra derivada por un período limitado no parece contrario a las reglas generales del Código civil y, además, es acorde con el principio de la autonomía de la voluntad¹⁶¹. Pero sobre todo, considerar nulo tal pacto parece contrario al principio de transmisibilidad temporal que rige en materia de transmisión de derechos de autor¹⁶².

¹⁵⁹ Esto es, claro está, dejando a parte los derechos morales que puedan corresponder al autor no autorizado, derechos que tampoco los pierde el autor que fue autorizado temporalmente una vez transcurrido el plazo de explotación.

¹⁶⁰ PEÑA, *ibidem*, el subrayado es suyo.

¹⁶¹ En este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LPI señala como "se pretende que, los derechos y obligaciones de los autores, así como de los cesionarios de los derechos de explotación puedan quedar delimitados...*mediante la aplicación de un justo equilibrio entre las normas de derecho necesario y el principio de la autonomía de la voluntad*". Por su parte, las normas de derecho imperativo están encaminadas, fundamentalmente, a otorgar determinados beneficios a los autores o a sus derechohabientes, "*que, salvo disposiciones de la propia Ley, son irrenunciables*". Entre estos preceptos generales, "*merecen especial consideración, el principio de interpretación restrictiva del alcance de los derechos cedidos...*".

¹⁶² Este principio se manifiesta de forma general en el art. 43, pero tiene otras manifestaciones concretas: así, el art. 75.1, 2.º párrafo relativo al contrato de representación teatral, dispone que "en todo caso, la duración de la cesión en exclusiva no podrá exceder de cinco años". Del contrato de edición también se deriva la temporalidad, ya que el art. 60, al prescribir el contenido del contrato, exige que conste el número mínimo y máximo de ejemplares". Sin embargo, de este principio de transmisibilidad temporal de los derechos de autor es dudoso extraer que, a falta de mención del tiempo, la autorización se limite a cinco años.

El art. 43, (situado entre las "Disposiciones generales" del Capítulo I - "Transmisión de derechos"-, Título V, del Libro I, que se ocupa de los "Derechos de autor"), trata de establecer una serie de principios generales que deben regir el contenido de toda transmisión *inter vivos* de los derechos de explotación y que actúan en ocasiones, como límites a la misma y, en otras, como reglas de interpretación. En cuanto al alcance de la expresión "transmisión por actos *inter vivos*" con referencia exclusiva a "los derechos de explotación de la obra", se ha querido referir sólo a los *contratos de explotación de la obra*, no incluyéndose los actos de disposición que impliquen la total transmisión de los derechos patrimoniales sobre la misma. Pues bien, los *derechos de explotación* objeto de la cesión deben ponerse en relación con los artículos 2.º y 17 y siguientes LPI. Entre estos derechos hay que incluir el *derecho de transformación* (delineado en el art. 21)¹⁶³.

En cuanto al alcance temporal de la cesión, el art. 43 establece dos pautas. En primer lugar, habrá que estar a la voluntad *expresamente prevista*. En segundo lugar, el art. 43 propone una norma dispositiva: "la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años..." (apartado 2.º). El objeto de esta norma es proteger al autor frente a cesiones generales¹⁶⁴.

En segundo lugar, la autorización no constituye un requisito de "convalidación" de la obra derivada a partir del cual adquiriera vida independiente de la obra primitiva sino que, como tantas veces hemos repetido, la autorización únicamente legítima para una explotación concreta de la obra derivada. En apoyo de esta tesis tenemos, además, que la limitación temporal está admitida por algunos ordenamientos¹⁶⁵.

¹⁶³ GETE-ALONSO, "Comentario al artículo 43" cit., págs. 660 a 673.

¹⁶⁴ Concretamente, con respecto a las obras teatrales, las cuales ya vimos como podían consistir en verdaderas obras derivadas, el art. 75 también limita su duración.

¹⁶⁵ Tanto la vieja Acta estadounidense de 1909 como la actual de 1976, admiten que el titular de la obra preexistente pueda, por contrato, conceder los derechos a crear una obra derivada por un período limitado de tiempo, finalizado el cual no podrá ser utilizado el material subyacente. La otra manera por la que en los Estados Unidos puede terminar el derecho a

De todo lo expuesto parece apropiado admitir las autorizaciones temporales. El único problema es que resulta muy conflictivo admitir la aplicabilidad de la parte dispositiva del art. 43. 2, pues supondría la ilicitud sobrevenida de gran cantidad de obras, cuando los autores de las mismas no pudieron haber previsto el sometimiento al término de cinco años en el momento de su creación, excediendo también de toda previsión del legislador, que al redactar esta norma estaba pensando en el cesionario de los derechos de autor en general y no en el autor de la obra derivada quién a pesar de ser cesionario es también autor y su contribución ha podido ser, incluso, más valiosa que la del autor original¹⁶⁶. Por estas razones, queremos apremiar al legislador para que se pronuncie al respecto ya sea confirmando expresamente la validez general del plazo de cesión de cinco años, ya estableciendo otro, distinto o excluyendo, a falta de pacto, que opere término alguno.

2.2.4.- Revocación de la autorización.

La autorización es un acto o negocio unilateral revocable, sin perjuicio de la indemnización que deba afrontar el autor que revoca, (consecuencia de las analogías que pueden tener con las autorizaciones reguladas por el art. 2.º de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al honor, la intimidad

utilizar el material de la obra preexistente es por efecto legal, como consecuencia del sistema de prórrogas del *copyright* que se aplica a las obras creadas antes del 1 de enero de 1978 (ELLINGSON, C. A.: "*The Copyright Exception for Derivative Works and the Scope of Utilization*", Indiana Law Journal, Vol. 56 no. 1, 1980-1981, pág. 4 y ss.).

¹⁶⁶ No sería adecuado a la equidad permitir que el titular de la obra subyacente tenga veto sobre la continuación de la utilización de la obra derivada, cuando el autor de la obra derivada ha podido hacer una contribución creativa mucho mayor. Esta parecía la postura adoptada por la Corte Federal en el caso *Rohauer v. Killiam Shows, Inc.* (551.F.2d 484 (2d Cir.), cert. denied, 431 U.S. 949, 1977), señalando que "la equidad yace preponderantemente en favor del titular del *copyright* derivado... Una persona que, con el consentimiento del autor, ha creado una ópera o una película a menudo habrá hecho contribuciones literarias, musicales y económicas tan grandes o mayores que el autor original". Este punto de vista ha sido calificado de insostenible puesto que cualquier comparación cualitativa debe ser legalmente irrelevante (STOLL, E.: "*Derivative Copyright and the 1909 Act- New Clarity or Confusion?*", Brooklyn Law Review, no. 44 (2), 1978, pág. 927). Téngase en cuenta, sin embargo, que en el referido caso la prohibición de la explotación de la película de Rodolfo Valentino *The Sons of the Sheik*, operaba como consecuencia de la Ley y no de contrato.

personal y familiar y la propia imagen), la aplicación del artículo 14. 6 LPI y de la responsabilidad contractual que pudiera derivarse¹⁶⁷.

Para que el autor de la obra preexistente pueda beneficiarse del derecho de arrepentimiento se ha de haber producido un cambio de las convicciones intelectuales o morales vertidas en la obra preexistente, pues si es sólo con respecto a la obra derivada, el derecho que debe ser ejercitado no es el de arrepentimiento sino el derecho al respeto a la integridad de la obra.

Si procede la apreciación del derecho de arrepentimiento, la indemnización alcanzará únicamente a los daños y perjuicios ocasionados al autor de la obra derivada y a sus derechohabientes; en caso de que el autor de la obra derivada no hubiera respetado la integridad de la obra preexistente, puede llevar aparejado incluso una pena convencional. Pero estos dos casos no estaríamos ante una *revocación de la autorización* sino ante el ejercicio de unos derechos morales.

2.3.- La obra nueva ha de tener un resultado original.

2.3.1.- Originalidad y creatividad.

Hablar de la originalidad de la obra derivada parece un verdadero galimatías. En general, la derivación de una obra de otra original es compatible con la originalidad de la obra derivada, bajo la única condición de que la elaboración esté, a su vez, caracterizada por el requisito de la creatividad¹⁶⁸.

En verdad, pocas obras derivadas cumplen estrictamente con el requisito de la originalidad, en sentido estricto. La originalidad es el rasgo

¹⁶⁷ RODRIGUEZ TAPIA, *op. ultimamente cit.*, pág. 191.

¹⁶⁸ SANTILLI, *op. cit.*, pág. 198.

personal¹⁶⁹ y distintivo que el autor proyecta en sus obras¹⁷⁰. La originalidad es la esencia de la autoría¹⁷¹ y aunque la originalidad exigida a la obra derivada es ligera, la obra debe constituir algo más que una contribución trivial¹⁷². En caso contrario, no podemos hablar de obra nueva. Por ello, excluíamos del campo de las obras derivadas a determinados arreglos musicales.

La originalidad ha sido identificada también con la *novedad*¹⁷³. Pero como ha diferenciado el propio DESBOIS, la *originalidad* supone un concepto subjetivo de necesaria concurrencia en la delimitación del derecho de autor; la *novedad* supone un concepto objetivo, que no es necesario para definir dicho derecho¹⁷⁴. Resultaría peligroso someter la aplicación de la Ley a una

¹⁶⁹ De un interesante estudio sobre el derecho de autor y las soluciones a los problemas de ejercicios matemáticos (KOUCHANTOS, G.: "*Le droit d'auteur sur les solutions des problèmes et exercices mathématiques*", *Le Droit d'Auteur*, juillet 1969, págs. 137 y 138), podríamos nosotros deducir que aunque haya autorización del autor de los enunciados para la publicación de las soluciones, dichas soluciones no constituyen objeto del derecho de autor, pues falta el elemento de la contribución personal que es constitutivo de la noción de obra. No obstante, -y volviendo al planteamiento de este autor- ello no significa que la publicación de las soluciones por tercero sea lícita ya que dichas soluciones están comprendidas en la protección al enunciado pese a que, por motivos pedagógicos, no estén materializadas.

¹⁷⁰ La originalidad, en cambio, no debe ser confundida con la novedad. Para que una obra esté protegida por el derecho de autor, basta con que sea original, en el sentido *subjetivo* de la palabra: no es necesario que sea *nueva*, en sentido *objetivo*. Esta diferencia entre *originalidad*, *noción subjetiva*, y *novedad*, *noción objetiva*, constituye una de las piezas maestras de contraste que existen entre las instituciones de la propiedad industrial y la propiedad literaria y artística (DESBOIS, "*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 5 y ss.).

El grado de originalidad ha sido definido por el legislador comunitario en el Considerando 17 de la Directiva 93/98 CEE, al objeto de distinguir entre las *obras fotográficas* y las *demás fotografías*. A este respecto señala que "una obra fotográfica con arreglo al Convenio de Berna debe considerarse original si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad".

¹⁷¹ NIMMER, "*Nimmer on Copyright*", *cit.*, pág. 37.

¹⁷² NIMMER, *ibidem*, pág. 168.

¹⁷³ PEÑA, para quien en el supuesto de las obras derivadas, la *creación*, aunque se basa en una obra original, supone en sí una aportación original, produce un *novum* sin el cual no hay creación ni *autoría* ni *derechos* distintos de los de la obra original (*op. cit.*, pág. 758, el subrayado es suyo).

¹⁷⁴ "*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 5 y ss.

apreciación subjetiva por parte de los jueces, con el riesgo de caer en la injusticia¹⁷⁵.

La obra derivada ha de ser también creativa en el sentido de que, en sí misma considerada, suponga un valor literario, artístico o científico añadido a la obra preexistente¹⁷⁶. En las obras derivadas, el elemento creativo se exige con más rigor que la originalidad.

El requisito de la creatividad falta en algunas reproducciones que aspiran a ser consideradas creaciones y que han sido denominadas *transformaciones impropias*¹⁷⁷. A este tipo de transformaciones, ni sustanciales ni creativas, pertenecen las producciones que se reducen a cambios de dimensión¹⁷⁸, forma, materia o procedimiento de reproducción¹⁷⁹. Puede ser

¹⁷⁵ COLOMBET, Cl.: "Grandes principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le Monde. Approche de droit comparé", Ed. Litec, Paris, 1990, págs. 14 y 15. Hace aquí una distinción entre la calidad y el mérito.

¹⁷⁶ GONZALEZ GARCIA, *op. cit.*, pág. 546.

¹⁷⁷ GIANNINI, *op. cit.*, pág. 159 y ss.

¹⁷⁸ En contradicción con todos los principios de la propiedad intelectual, la definición de originalidad fue dilatada a límites insospechados en *Alva Studios, Inc. v. Winninger* (177 F. Supp. 265, S.D.N.Y. 1959). En este caso, la Corte sostuvo que la reproducción en miniatura de la escultura de Rodin *La mano de Dios* era *copyrightable*. Esta decisión ha sido duramente criticada por OPPENHEIMER ("Originality in Arts Reproductions: Variations in Search of a Theme", 26 Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., no. 17, (1978-79), pág. 27).

¹⁷⁹ En este sentido, BAYLOS hace referencia a la pretendida "obra radiofónica", la cual no es sino el resultado de reproducir, para su emisión por radio, la representación, recitación o ejecución de una obra preexistente; o de difundir una obra que está creándose en el curso de la emisión. Añade luego, como aquí sucede algo análogo a lo que ocurre con la llamada "obra fonográfica", que tampoco es una creación en el sentido de las obras protegidas por la propiedad intelectual, que se constituyen siempre como resultado personal de la utilización de unos "medios expresivos" determinados. Aquí no hay sino la fijación técnica de los "medios expresivos" integrantes de la obra simplemente registrada ("*Acotaciones...*", *cit.*, págs. 545). Lo mismo ocurre respecto a las obras de producción videográfica, cuando en este soporte audiovisual (o solamente visual) lo que se fija es una interpretación de la obra (v. gr.: una representación teatral, una obra cinematográfica fijada en un film), estamos ante una simple reproducción (DELGADO PORRAS, A.: "La Propiedad Intelectual y la explotación videográfica de las obras del ingenio", RDP, oct. 1983, pág. 1121).

también el caso del coloramiento de películas¹⁸⁰.

El artículo 21, al referirse a la transformación de la obra, exige que de

¹⁸⁰ Dejando ahora de lado los aspectos morales que el coloramiento de películas plantea (sobre ellos, véase PEREZ DE CASTRO, N.: "A propósito del coloreado de películas", Actualidad Civil, octubre 1990, pág. 555 y ss.), nos interesa saber si la adición de color puede ser considerada suficientemente creativa como para obtener la protección como obra derivada. El tema conecta, también, con la imposibilidad de protección de los colores pero la protegibilidad de sus composiciones.

Los dos polos se encuentran entre los partidarios del coloreado, los cuales alegan que el colorista es un verdadero autor que elige los colores y únicamente utiliza el ordenador como un pintor usa el pincel y la paleta; y los puristas que consideran que los coloreadores son únicamente mecánicos habilitados de un procedimiento en el que no interviene la autoría humana en cuantía suficiente. Para OMAN, los partidarios del coloramiento caen en una inconsistencia. Al defenderse desde el punto de vista de la integridad artística, reclaman que el cambio es muy pequeño, que la visión artística del original no sufre daño por la adición del color puesto que nada más ha cambiado ("*The Copyrightability of Colored Motion Pictures Under the U.S. Copyright Law*", Copyright, december 1987, pág. 381 y ss.).

Contrariamente, se ha dicho que si un coloreador usara técnicas expresionistas al crear la versión coloreada, el resultado de su trabajo supondría un cambio en la expresión que la película original transmitía y habría pocos problemas a cerca de la *copyrightability* de la nueva obra. Sin embargo, la intención de los coloreadores es preservar el espíritu de las viejas obras (BADER, E. K.: "A Film of a Different Color: Copyright and the Colorization of Black and White Films", in "Copyright Law Symposium", no. 36, sponsored by ASCAP, Ed. Columbia University Press, New York, NY, 1990, pág. 139 y ss.). Con respecto a la actividad efectivamente desarrollada con la coloración este mismo autor llega a unas conclusiones interesantes. En base a una decisión sobre la adición de color a unos dibujos que fue considerada protegible, se ha argumentado que, entonces, sólo cuando los coloreadores hayan aplicado su imaginación en la elección de los colores podrán acceder las versiones coloreadas a la protección. Señala sin embargo, como el esfuerzo involucrado para descubrir los elementos fácticos con los cuales colorear las películas requiere un trabajo intelectual que debería ser suficiente para obtener protección como obras derivadas (*ibidem*, pág. 164).

Esta división también se deja sentir en la jurisprudencia estadounidense, el Circuito 4.º se conforma con una originalidad mínima en las obras derivadas, frente a los Circuitos 7.º y 11.º que requieren, en cumplimiento del mandato constitucional de promover el progreso de las Artes y de las Ciencias, un grado "sustancial" de originalidad. Una interpretación más liberal de la condición de originalidad tendría un efecto más inhibitorio que de promoción de la creación artística (SIMONART, V.: "Le coloriage des films.- Droit américain et Droit continental", dans "Les journées du Droit d'Auteur", Ed. Bruylant, Bruxelles, 1989, pág. 362 y ss.).

El *Copyright Office* exigirá el depósito de la versión en blanco y negro y de la versión en color para compararlas y determinar así si existe efectivamente "obra original del ingenio" (GINSBURG, J. C.: "The Right of Integrity in Audiovisual Works in the United States", RIDA, n.º, 135 (1988), pág. 16).

La cuestión no está, ni mucho menos, zanjada y de la calificación que se dé al coloreado, -como reproducción de la obra preexistente o como obra derivada-, depende que las versiones coloreadas caigan en dominio público al expirar el *copyright* de la película en blanco y negro o se benefician de la protección con un período de protección independiente. De triunfar la tesis de los partidarios de la no protección de las versiones coloreadas, las técnicas del coloramiento están llamadas a la extinción por falta de motivación económica.

ésta se derive *una obra diferente*¹⁸¹. La creatividad añadida a la obra preexistente es lo que hace que el nuevo trabajo sea una creación intelectual. Así para determinar el objeto de la propiedad intelectual, a las llamadas obras originales del contempladas en el art. 10 se han de añadir las elaboraciones del art.11 (o mejor dicho, como se las ha llamado: a las *reelaboraciones*¹⁸²) de carácter creativo de la obra misma¹⁸³.

Demostrada la originalidad relativa de la obra derivada, el régimen será el mismo para la obra que aporte un alto grado de originalidad como para la que presente una originalidad muy exigüa: la ópera que trae causa de una novela es tan derivada como la traducción de la misma.

2.3.2.- Originalidad, inspiración y plagio. El plagio involuntario.

Ya hicimos referencia a la posibilidad de tomar prestados ciertos elementos de una obra anterior sin que, por la falta de autorización, sean vulnerados los derechos del autor de la obra originaria. Ahora vamos a ver el supuesto contrario: la semejanza involuntaria con una obra anterior, caso relativamente frecuente en el campo musical¹⁸⁴. Técnicamente, no se puede

¹⁸¹ Por esta razón, a pesar de una autorizada doctrina contraria no estamos de acuerdo con mantener que el trabajo de un restaurador de obras plásticas pueda ser calificado de reelaboración (ASCARELLI, "*Teoría de la concurrencia...*" cit., pág. 652). Sólo excepcionalmente el restaurador tiene ámbito de elección, reduciéndose su labor a la reconstrucción de las obras artísticas a un estado que guarde el mayor parecido posible al original. Por ello, creemos que su labor es más *artesanal* que artística.

¹⁸² ASCARELLI, "*Teoría de la concurrencia...*", cit., pág. 650.

¹⁸³ En este contexto de originalidad relativa es donde se sitúan los arts. 2.º-3. ("Estarán protegidas como obras originales sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, y demás transformaciones de una obra literaria o artística") y 14. bis. 1 ("Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original") del Convenio de Berna.

¹⁸⁴ No es necesario que la copia ilegal sea intencionada. Se estimó que el ex-Beatle George Harrison había infringido inintencionalmente el *copyright* de otro artista por la copia inconsciente de la melodía *He's So Fine* en su canción *My Sweet Lord*. El Tribunal puntualizó especialmente que Harrison no intentaba plagiar al otro compositor, pero que era evidente que había tenido acceso a la otra obra. Fue condenado a pagar una sustanciosa indemnización

hablar de plagio sin copia, pues la copia supone intención¹⁸⁵. La semejanza es una cuestión de prueba que deberá ser apreciada pericialmente¹⁸⁶.

Desde el punto de vista penal, para que la conducta esté incriminada es preciso que haya intencionalidad ("quien intencionadamente...", dice el art. 534 bis, a) del Cp). En principio, parece que la expresión "*intencionadamente*" ha de entenderse como "*conscientemente*", como que el agente tiene conocimiento (elemento intelectual) del significado de la acción (sabe que está realizando una conducta de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar, etc., sin la autorización del titular de la obra), y a la vez quiere con su proceder (elemento volitivo) la ejecución de esa conducta. Sin embargo, tras la Reforma de 1987, la intencionalidad no está referida a la infracción de los derechos de autor, sino a la realización de la conducta recogida en el tipo. En consecuencia, la concurrencia de esa especial "*conciencia de defraudación*" no es necesaria para que pueda darse el tipo básico¹⁸⁷.

La doctrina francesa parece favorable a estimar que cuando por azar e independientemente de su voluntad, el compositor haya podido adoptar un motivo de una obra anterior, aunque por razón de las similitudes se presumirá mala fe, esta presunción podrá ser destruida probando que hubo buena fe, la cual exonera tanto del delito penal como de la condena civil¹⁸⁸.

(HARRIS, T. D.: "*The Legal Guide to Computer Software Protection: A Practical Handbook on Copyright, Trademarks, Publishing, and Trade Secrets*", Ed. Prentice-Hall Inc., Englewood, NJ, 1985, pág. 69).

¹⁸⁵ BAYLOS, "*Disquisiciones...*" *cit.*, pág. 64.

¹⁸⁶ *Vid.* COLOMBET, *op. cit.*, pág. 52.

¹⁸⁷ VEGA VEGA, *op. cit.*, pág. 231 y ss.

¹⁸⁸ En este sentido, DESBOIS, "*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 149 y ss.; COLOMBET, *op. y loc. cit.*, últimamente; LE TARNEC considera que el parecido casual no puede borrar el carácter original y personal de la creación (*op. cit.*, pág. 210).

2.4.- La supuesta ausencia de participación del autor de la obra subyacente.

Para que haya obra compuesta, el artículo 9.º exige que en la creación de la obra nueva *no colabore el autor de la obra preexistente*¹⁸⁹. Lo que ocurre es que el hecho de que en la obra derivada se dé una colaboración no modifica la relación de dependencia de la obra derivada con respecto a la obra preexistente.

Como acertadamente se ha señalado los efectos de la colaboración para incorporar la obra seguirían rigiéndose por el artículo 9.º en relación con el artículo 7.º LPI¹⁹⁰. Pero como consecuencia de la vida independiente entre la obra originaria y la obra nueva, la coautoría no alcanzará a aquélla y, por tanto, la obra preexistente caerá en dominio público una vez cumplido el plazo desde la muerte de su único autor; computándose la segunda a partir de la muerte del último coautor.

Algunos elevan esta falta de colaboración a la exigencia de que no medie, ni tan siquiera, comunicación entre los autores¹⁹¹, requisito que nos parece muy exagerado, sobre todo cuando el único cambio de régimen sería nominal al calificar dicha obra como derivada, en vez de como obra compuesta, pero obteniendo idénticas consecuencias jurídicas.

¹⁸⁹ El autor de una obra primigenia o preexistente tiene dos medios para obtener de dicha obra una obra derivada. La primera es autorizar una adaptación sin prestar personalmente ningún concurso efectivo; la segunda consiste en colaborar activamente con los demás autores para la producción de una creación intelectual nueva. En la concepción francesa, el resultado de un trabajo común es una obra indivisible, por tanto, todos los derechos de disposición sobre la misma habrán de ser ejercitados en común (VILBOIS, J.: "*Une controverse sur les droits cinématographiques de l'opéra «La Tosca»*", RIDA, n.º 2 (1956), pág. 63).

¹⁹⁰ RODRIGUEZ TAPIA, "*Comentario...*", *cit.*, pág. 190.

¹⁹¹ DESBOIS observa que cuando el novelista haya concurrido con el traductor a la versión o el dramaturgo a la adaptación nacerá una indivisión. El fenómeno de la derivación no desaparecerá puesto que el drama continuará habiendo tomado como fuente a la novela preexistente; pero las relaciones jurídicas provenientes del hecho de la cooperación serán, con respecto a la nueva obra, de colaboración (*op. cit.*, pág. 162).

2.5.- Límites a la propiedad intelectual del autor de la obra original.

El monopolio que tiene el autor sobre su obra está sujeto a ciertas excepciones impuestas por la Ley. Estas pueden consistir en tres clases de límites de los derechos de autor: aquéllos que son consecuencia de su naturaleza de derecho subjetivo, aquéllos que se aplican a la propiedad, y finalmente, los límites específicos previstos por la LPI¹⁹². Dentro de estos últimos, las limitaciones que nos interesan en relación a las obras derivadas son las impuestas por el derecho de cita y por la parodia, que no serán consideradas transformaciones en el sentido de que necesiten la autorización del autor de la obra citada o parodiada.

Cuando la cita o la parodia carecen de las condiciones necesarias para ser lícitas, el resultado es similar a lo que ocurre cuando los elementos de una obra preexistente exceden de la mera inspiración de tal manera que para poder ser lícitamente explotadas deberían haber contado con la autorización del autor y, en último caso, deberá resolver el juez si constituyen o no un atentado al derecho de autor de la obra preexistente y un ilícito penal.

2.5.1.- El derecho de cita.

El derecho de cita supone un límite al derecho de los autores. La cita constituye una reproducción y, por ello, en rigor de principios, no debería ser lícita más que con el consentimiento del autor de la obra de la que se toma el préstamo¹⁹³. Como consecuencia de esta excepción, cumplidos los requisitos de licitud de la cita, es irrelevante que el autor prohíba que su obra pueda ser citada.

El límite impuesto al autor por el derecho de cita se justifica por la

¹⁹² Cfr. ROGEL VIDE, C.: *"From Copyright Limitations to Copyright Infringement in Spain"*, Copyright, jan. 1989, pág. 19 y ss.

¹⁹³ DESBOIS, *op. cit.*, pág. 313.

necesidad de armonizar la protección de la expresión formal de la obra del ingenio con la libre discusión de las ideas en ella manifestadas¹⁹⁴. La necesidad de independencia respecto al autor citado se manifiesta de modo patente cuando el razonamiento citado es rebatido; el autor criticado no siempre daría su aquiescencia. Es por ello que el interés particular del autor cede ante los intereses docentes o de investigación¹⁹⁵.

La licitud de la reproducción, en una obra propia de fragmentos o partes de otra ajena con finalidad de crítica o comentario, es de uno de los límites admitidos con mayor generalidad por la doctrina y las legislaciones vigentes¹⁹⁶ y supone una de las causas de exclusión de la antijuricidad¹⁹⁷.

El derecho de cita está recogido en el art. 32-1 LPI el cual establece que: *"es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre de la obra utilizada"*.

¹⁹⁴ ASACARELLI, *op. cit.* pág. 674 y 675. Además, -como señala COLOMBET- el autor debe poder acudir a obras anteriores para apoyar sus demostraciones sin por ello quedar obligado a los autores citados (*op. cit.* pág. 237).

¹⁹⁵ Además, como ha sido señalado, la cita cuando se ajusta a las reglas que la presiden, representa para el autor un motivo de satisfacción, viene a demostrar que su mensaje ha tenido eco y que los comentarios, críticas y notas referentes al texto citado, constituyen la respuesta que transforma el monólogo en diálogo. La cita constante acrece la fama del autor, hasta el punto de que puede elevar las opiniones personales a argumento de autoridad (ALVAREZ ROMERO, *"Significado..." cit.*, pág. 114). Desde la perspectiva del autor de la cita, para un escritor concienzudo, la cita sirve para, -en vez de atribuirse el mérito ajeno, lo que constituiría plagio-, corroborar una opinión personal con la ayuda de otro (DESBOIS, *"Le droit d'auteur..." cit.*, pág. 315).

¹⁹⁶ BAYLOS, *"Acotaciones..." cit.*, pág. 539 y ss.

¹⁹⁷ VEGA VEGA, *op. cit.*, pág. 223.

A semejanza con las obras derivadas, en el ejercicio del derecho de cita también hay una obra preexistente, (la obra citada), y una obra nueva, (la obra citadora); lo que ocurre es que, como consecuencia de este límite al poder de los autores, el autor de la obra nueva no precisa de la autorización del autor de la obra preexistente siempre que cumpla con los requisitos necesarios para que la cita sea leal. Los requisitos que según el precitado artículo han de concurrir son:

- 1) *Que se trate de fragmentos de obras escritas o audiovisuales o bien de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o análogo.*
- 2) *Que se refiera a obras ya divulgadas.*
- 3) *Que la reproducción se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.*
- 4) *Que se realice para fines docentes o de investigación.*
- 5) *Que se haga en la medida que lo justifique el fin perseguido.*
- 6) *Que se consigne el autor y la fuente¹⁹⁸.*

1) *Extensión.*- En primer lugar, con respecto a la extensión que han de alcanzar las citas se discute si es posible la inclusión íntegra de una obra literaria, sonora o audiovisual¹⁹⁹ cuando se trate de una obra breve, p. e. una obra poética. Algunos consideran que, en principio, la cita integral de la obra literaria es lícita cuando esté realizada "en la medida justificada por el fin de esa incorporación" y siempre que se trate de una obra "corta", pues no solamente ha de valorarse el aspecto cuantitativo sino también el cualitativo²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ La doctrina parece unánime a la hora de admitir la posibilidad de inclusión de la totalidad de una obra plástica para su crítica o comentario. Es más, observa DESBOIS como en las obras pictóricas la condición inherente a la *brevedad* no podría ser reemplazada más que por una reproducción que no fuera integral: la inserción no debería versar más que sobre un fragmento; es decir que la obra que sufriera tal amputación, en la mayor parte de los casos mutilada, que no tendría en cuenta el derecho moral ("*Le droit d'auteur...*" cit., pág. 316).

²⁰⁰ LLEDO YAGÜE, F.: "*Comentario a los artículos 31-32*", en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 516.

La gran mayoría de la doctrina²⁰¹, a la que nos sumamos, considera que la reproducción de la obra en su integridad sería lesiva a los derechos del autor y requeriría de la autorización del autor²⁰². Esto es, la inclusión íntegra de la obra excede del límite del derecho de cita y, por tanto, revierte en el régimen general establecido para las obras derivadas que exige la autorización del autor de la obra citada. El motivo no es únicamente para evitar la posible concurrencia²⁰³ de ambas obras en el mercado, sino especialmente, porque en base a una excepción a la propiedad intelectual, como es el derecho de cita, no se puede vaciar el propio contenido del derecho del autor. Asimismo, nos sumamos a la opinión de quien considera que, por ser las limitaciones restrictivas de derechos, deben ser, a su vez, interpretadas restrictivamente²⁰⁴.

A su vez, en el caso de que el autor de la obra citada tuviera derecho a exigir la oportuna autorización, la negativa injustificada de la misma o las pretensiones económicas excesivas condicionantes de la referida autorización

²⁰¹ Véanse los autores últimamente citados.

²⁰² En este sentido, ha señalado ROGEL VIDE que si no se recaba la autorización, el riesgo de conflicto y de pleito aumenta si el texto, aun pequeño, puede considerarse como obra completa, cual es el caso de un poema; aunque *de lege ferenda* admite que en las obras de difícil fraccionamiento -cual poemas- o imposible división -como obras artísticas- podría tener cabida su reproducción en el derecho de cita. Para las zonas limítrofes y difíciles propone intentar una delimitación de mínimos de extensión dentro de los cuales la cita fuese totalmente libre y la delimitación de una segunda franja en la que la utilización de la obra, mediante su cita, hubiese de ser necesariamente autorizada, mediando precio, a través de un sistema de licencia legal ("*Notas sobre el derecho de cita de las obras literarias o artísticas*", RJE "La Ley", 1984 IV, pág. 982 y ss.). No estamos de acuerdo con esta última propuesta. La "segunda franja" no es necesaria puesto que en cierta medida ya está implícita en la Ley: cuando se excede del derecho de cita se trata de una obra derivada y, por tanto, condicionada a la autorización. Asimismo, consideramos que sólo el autor puede juzgar si dicha autorización ha de ser onerosa o no. Aunque las palabras anteriores fueron escritas estando vigente la centenaria Ley, creemos que por la misma razón el sistema de la doble franja quebraba también conforme al artículo 7.1 de la LPI de 1879.

²⁰³ El art. 70 de la ley italiana exige expresamente para la licitud de la cita que no implique una concurrencia con la utilización económica de la obra reproducida. Por su parte, COLOMBET estima que la exigencia legal de que la cita sea "corta" tiene por objeto evitar el riesgo de concurrir con la obra de la cual ha sido tomada a préstamo (*op. cit.*, pág. 162). Pero ya hemos hecho referencia a las dificultades que plantea el acudir a métodos subjetivos.

²⁰⁴ ROGEL VIDE, "*From Copyright Limitations...*" *cit.*, pág. 21.

constituirían un abuso de derecho²⁰⁵. En los supuestos límites a caballo entre la mera cita y las obras derivadas, la libérrima voluntad que tiene el autor para autorizar o denegar la explotación de las obras derivadas de la suya puede ceder ante el interés cultural. Por ello, se ha apuntado que es imposible señalar reglas fijas; basta con tener un criterio de carácter ético²⁰⁶.

2) *Obras divulgadas*.- En cuanto al segundo requisito, que se trate de obras ya divulgadas, parece menos controvertido puesto que se trata de un dato objetivo como es la divulgación. En este sentido conviene señalar que podrán ser citados los discursos, conferencias, explicaciones de cátedra y demás obras orales siempre que cumplan con la forma de divulgación prescrita por el art. 5.º.

Este requisito no significa que las obras inéditas no puedan ser incluidas a título de cita sino que cuando se trate de obras no divulgadas será necesaria la autorización del autor de la obra citada, a menos que la obra preexistente haya caído en dominio público. Esta necesidad de autorización para "citar" la obra no divulgada nos vuelve a plantear la estrecha relación que existe entre, las citas y las obras derivadas.

3) *Crítica o análisis*.- El tercer requisito es el relativo a que la reproducción se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Se ha dicho que lo que el legislador quiere resaltar con la reiteración de la misma idea es que la aportación tenga un carácter crítico y se deslinda del terreno del mero relato o resumen²⁰⁷. Los resúmenes y extractos (art. 11.3.º) quedan fuera de esta limitación y sujetos a la necesidad de autorización. El autor de la obra "citadora", para estar protegido por la propiedad intelectual, debe mostrar originalidad y manifestar su propia personalidad y esta originalidad

²⁰⁵ ROGEL VIDE, "Notas...", *loc. cit.*

²⁰⁶ ALVAREZ ROMERO, "Significado...", *cit.*, pág. 115.

²⁰⁷ LLEDO YAGÜE, *op. cit.* pág. 521.

debe mostrarse precisamente en el análisis que realice de la cita y no en la selección de las mismas²⁰⁸. Es la cita lo que debe ser accesorio respecto de los comentarios y no al revés²⁰⁹.

4) *Fines docentes o de investigación*.- Este requisito es consecuencia de la misma razón de ser del derecho de cita: la promoción de la cultura.

El término "docente" debe ser tomado en su acepción más amplia comprensiva de cualquier obra "que enseñe algo". No hay ningún problema, por tanto, a la hora de admitir obras periodísticas o de divulgación. Esta exigencia parece querer excluir del campo de la cita las obras meramente eutrapélicas. Sin embargo, ha sido admitido el ejercicio del derecho de cita en obras de ficción²¹⁰;

5) *En la medida justificada por el fin perseguido*.- Esta exigencia está referida también a la extensión que pueden alcanzar las citas. Con ella, el legislador ha querido limitar la cita a aquélla parte de la obra estrictamente necesaria a

²⁰⁸ Esta fue una de las razones por las cuales el *Tribunal de grande instance de Paris* (6 de julio 1972 D., 1972, J., pág. 628 y ss.) estimó que la obra de André Passeron, *De Gaulle: 1956-1969*, era una obra derivada. La obra constaba de 320 páginas de las cuales las 86 primeras contenían extractos de discursos y mensajes del propio De Gaulle. Se había hecho una clasificación sistemática, pero no habían sido objeto de comentario, ni habían sido insertados al efecto de ilustrar por medio de los ejemplos los desarrollos propios de la obra, sino que se había contentado con seleccionarlos y ensamblarlos. El Tribunal estimó que es de principio que las citas no sean lícitas a menos que sirvan para apoyar o aclarar una discusión, un desarrollo o una argumentación que formen la materia principal de la obra. Además, lo que autoriza la ley, no es la recopilación de citas, a condición de que estén acompañadas de un comentario, sino al contrario la ilustración por medio de citas, justificadas por su incorporación a la obra citadora. André Passeron, en realidad, no ha realizado más que una antología (DESBOIS, *op. cit.*, pág. 314) y como obra derivada es necesario el requisito del consentimiento de los causahabientes (COLOMBET, *op. y loc. cit.*). Parecida solución dieron los Tribunales estadounidenses en *Salinger v. Random House* (811 F.2d 90, 1 U.S.P.Q.2d (BNA) 1673 (2d Cir.), cert. denied, 484 U.S. 890, 1987) al estimar que eran excesivas las citas de las cartas privadas de Salinger hechas por la Random House y, por tanto, no constituían *fair use*, (citado por DORR & MUNCH, *op. cit.* pág. 211).

²⁰⁹ En este sentido, COLOMBET, *op. y loc. cit.* últimamente.

²¹⁰ Tal fue el caso de la decisión de la *Chancery Division* al negarse a condenar por plagio a un autor que había mencionado, accesoriamente, las señas de Sherlock Holmes sin la autorización de Conan Doyle (SAPORTA, *op. cit.* pág. 69).

los efectos del comentario que se realiza. Sin embargo, no creemos que sea muy acertada la formulación elegida. En ella parece que, si el fin perseguido es la exégesis de una obra completa, estaría justificada su inclusión íntegra como cita, siendo éste un claro supuesto de obra derivada de los que requiere autorización.

6) *Consignación del autor y la fuente.*- El respeto a la paternidad encuentra uno de sus corolarios en la constancia del autor citado y de la fuente²¹¹. Se trata de otro requisito objetivo por cuya falta se incurre fácilmente en el plagio, al pretender el autor que cita apropiarse en todo o en parte de la obra ajena²¹². Si la cita cumple con el requisito esencial de indicar el nombre del autor de la obra, aunque el derecho de cita se actúe de modo irregular, es decir, con incumplimiento de los demás requisitos que impone el precepto para su licitud (incluso si no se menciona la fuente), el ejercicio irregular en estos otros aspectos infringirá la norma legal, pero nunca se convertirá en plagio²¹³.

Nos sumamos a la opinión de que siendo la cita una apelación al testimonio de otro autor, han de facilitarse al lector todos aquellos datos - aparte de los requisitos mínimos exigidos legalmente- que permitan identificar la obra del modo más fácil²¹⁴.

Asimismo, cuando se trate de una obra seudónima, deberá ser consignado el seudónimo por ser el nombre elegido por el autor para que dicha obra sea identificada. Si la obra es anónima deberá constar también

²¹¹ ALVAREZ ROMERO, "Significado...", *cit.*, pág. 116.

²¹² BAYLOS señala dos elementos para que se pueda hablar propiamente de plagio: reproducción o copia y además atribución de la condición de autor de lo reproducido o copiado. Pero, al mismo tiempo, observa como la obra copiada puede serlo en todo o en parte, o en alguno de sus elementos o componentes ("*Disquisiciones...*", *cit.*, págs. 58 y 59).

²¹³ BAYLOS, *op. cit.* últimamente, pág. 63.

²¹⁴ ALVAREZ ROMERO, *op. y loc. cit.*

este hecho, constituyendo la fuente, con el objeto de que el pasaje citado pueda ser encontrado en una obra determinada²¹⁵. Podríamos añadir que el autor que se atribuyera como propia la opinión ajena, aunque fuera de autor anónimo, se enriquecería injustamente. A su vez, aunque la Ley no haga expresa mención a la necesidad de constancia del traductor, la indicación del mismo es evidente en tanto que es autor de la obra derivada que al mismo tiempo se cita²¹⁶.

Dentro de esta exigencia de que conste la fuente, ha de situarse la problemática de las "citas de citas", las cuales para ser lícitas han de hacer constancia no sólo de la fuente y el autor del fragmento incluido sino también del autor de quien se ha tomado²¹⁷. Cuando la recensión no sea honrada, la conducta del autor podrá ser incriminada penalmente²¹⁸.

En cuanto a las reseñas o revistas de prensa, dispone el segundo párrafo del mismo art. 32 que tendrán la consideración de citas. Según COLOMBET las revistas de prensa se parecen a las antologías²¹⁹.

Creemos que su licitud sólo está justificada en la medida en que se trate de artículos de actualidad. Si falta la justificación debida a los intereses informativos, las reseñas, -por exceder generalmente de la mera cita-,

²¹⁵ DESBOIS, "Le droit d'auteur..." *cit.*, pág. 315. Esta observación la hace tras señalar que la obligación de mencionar al autor no es más que la contrapartida del derecho de los autores a proclamar la paternidad de sus obras. Aunque a decir verdad, en las obras anónimas falte esta explicación.

²¹⁶ En este sentido, observa LLEDO YAGÜE como la reseña del nombre del traductor es necesaria siempre que la obra original haya sido traducida con el consentimiento del titular (*op. cit.*, pág. 517). En cierto modo, creemos que la constancia del traductor en las traducciones inéditas, aun realizadas sin la autorización del autor -p. e. traducidas por encargo del autor que las cita- podría ser conveniente. Con ello se evidenciaría que la traducción de la cita no ha sido efectuada por el propio autor que la cita.

²¹⁷ VEGA VEGA, *op. cit.*, pág. 224 y 225.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Op. cit.* *últ.*, pág. 164.

deberían obtener la autorización del autor de la obra reseñada. En este punto se han de sincronizar dos momentos que parecen contrapuestos: por un lado, la reseña ha de aparecer varios días después que el artículo reseñado, con lo cual se evita la competencia; por otro, resultaría extemporánea una publicación tan tardía que supusiera la pérdida de actualidad de la reseña. Creemos que en este caso no se justifica una excepción al régimen general de las obras derivadas.

2.5.2.- La parodia.

La parodia está contemplada en el art. 39 de la LPI, el cual dispone que *"no será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor"*. De este artículo se deducen, para la licitud de la parodia, una serie de requisitos:

1) *Que se trate de una obra divulgada.*

2) *Que no implique riesgo de confusión con la obra original.*

Generalmente la confusión se evita con el efecto cómico que la parodia persigue²²⁰.

3) *Que no se infiera daño a la obra original*²²¹.

4) *Que tampoco se infiera daño a su autor.* Este límite está muy

²²⁰ El Tribunal del Sena (26 août 1886, Ann., 1886.352) estimó que se trataba de competencia desleal al indicar en gruesos caracteres el título de la canción parodiada induciendo a error al comprador al creer que adquiría la canción original (citado por LE TARNEC, *op. cit.*, pág. 211). En la actualidad dicha práctica podría haber sido perseguida también como publicidad engañosa.

²²¹ Se ha señalado que se trata de un límite similar al que se menciona por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Esto es, cuando la parodia padece de excesiva, aun cuando no llegue a tipificarse como delictiva (DÍAZ ALABART, *"Comentario al artículo 39"* en *"Comentarios a la LPI"* cit., pág. 603). Aunque, como señala GONZALEZ LOPEZ, habría que tener en cuenta las excepciones a las intromisiones ilegítimas establecidas en el art. 8.º de la citada Ley (*"El derecho moral del autor..."* cit., pág. 188).

Para DESBOIS, se trata de que estas obras estén inspiradas en una *causa jocandi* y no en una intención maligna (*"Le droit d'auteur..."* cit., pág. 323).

relacionado con el anterior.

Parece que el legislador ha considerado a la parodia como una "transformación", si bien no exige el consentimiento del autor de la obra parodiada²²².

En realidad, la parodia se encuentra a caballo entre las obras derivadas y las originales, presentando analogías y diferencias con unas y otras. Es una obra derivada en tanto que supone la existencia de una obra previa que, mediante la adecuada transformación, da lugar a otra distinta²²³. Pero no se corresponde exactamente con éstas, sobre todo porque la licitud de la parodia no depende de la autorización del autor de la obra parodiada²²⁴ y porque el grado de originalidad de la nueva obra es muy alto. Pero, tampoco constituye una obra original en sentido estricto²²⁵, puesto que la nueva obra trae causa de otra anterior, la cual ha de ser reconocible para que la primera consiga sus fines satíricos. Por este motivo, y con razones de peso, se ha dicho que la solución correcta sería adscribirla a un tercer género en el que únicamente figure la parodia²²⁶.

²²² BAYLOS, "Disquisiciones..." cit., pág. 64.

²²³ ALVAREZ ROMERO, "Significado...", pág. 133.

²²⁴ Para RIVERO HERNANDEZ, como obra derivada, debería requerirse el consentimiento de su autor o de sus causahabientes. Sin embargo, en casi todos los ordenamientos se excluye a la parodia de este régimen, bien en aras de la libertad de expresión, ya porque resultaría irónico exigirle de quién va a ser ridiculizado (op. cit., pág. 416).

²²⁵ Aunque algunos la consideran como una creación propia e incluso como una "forma autónoma de arte" (ALGARDI, Z.: "Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera", Ed. Giuffrè, Milano, 1966, pág. 213).

²²⁶ DIAZ ALABART no es partidaria de colocar la parodia entre las obras derivadas pues, si bien tiene en común con éstas el basarse en una obra anterior, hay que convenir que la Ley no le da el mismo trato que a ellas. Por otra parte, quizá se trate de una de las obras que aun basadas en otra anterior, tengan un mayor componente creativo. Pero tampoco resulta adecuado colocarla entre las originales, pues su originalidad no es la de las obras enumeradas en el artículo 10. La parodia de una obra concreta está basada en esa obra original y el parodista de alguna forma se aprovecha de ella ("Comentario al artículo 39" cit., pág. 597 y ss., dónde además realiza un exhaustivo análisis tanto de la doctrina como de la legislación y jurisprudencia extranjeras. Véase también de la misma autora: "La parodia en la nueva Ley de propiedad intelectual", en Libro Homenaje al profesor Juan Roca Juan,

La parodia constituye un límite al derecho no sólo patrimonial sino también moral del autor puesto que atenta, -dentro de los límites de no causar perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor-, a la integridad de la obra²²⁷. La parodia supone una especie de "libertad de deformación"²²⁸. En base a esta libertad de deformación y a la explotabilidad de la parodia sin necesidad de obtener la autorización del autor de la obra parodiada por no tener que respetar los derechos económicos del autor de la obra original, la obra paródica es como si surgiese *ex novo*, como si se tratara de un obra completamente original.

Parte de la doctrina considera que el precio impuesto a los autores de la obra parodiada es demasiado gravoso, consideración que les ha llevado a propugnar que lo justo sería hacer participar al primer autor del éxito que la parodia obtenga²²⁹. Con ello, las obras paródicas se acercarían más al régimen de las obras derivadas salvo que en éstas la onerosidad y el precio se dejarían al arbitrio del autor de la obra original y en aquéllas tendría que ser legalmente fijado.

Parece bastante remoto interpretar el artículo 11 de la LPI en el sentido de que la parodia sea una obra derivada de las previstas en su apartado 5.º y, por tanto, que la expresión "*sin perjuicio de los derechos de autor de la obra original*" vaya referida a la participación económica de éste sobre la parodia. La propuesta hecha *de lege ferenda* nos parece poco práctica, a pesar de lo equitativo que *a priori* resulta. Como añadidura y dado que la posibilidad de acuerdo entre parodista y parodiado es una utopía, creemos

Murcia, 1989, pág. 211 y ss.).

²²⁷ En este sentido, GONZALEZ LOPEZ, "*El derecho moral...*" *cit.*, pág. 188.

²²⁸ GONZALEZ GARCIA, *op. cit.*, pág. 549.

²²⁹ A esta conclusión llega RISTICH de GROOTE (*op. cit.*, pág. 63) respecto a la parodia de personajes; conclusión que DIAZ ALABART no considera en absoluto descabellada, preguntándose porqué si la parodia para ser lícita ha de respetar los derechos morales del autor de la obra original no debería ocurrir lo mismo con los derechos de índole económica ("*Comentario...*" *cit.*, pág. 599 y ss.).

arbitrario fijar legalmente una cuota de participación cuando los elementos prestados de las obras preexistentes y el grado de originalidad de las parodias nunca es el mismo²³⁰.

En cierto modo, lo paradójico de las parodias es que en ellas ha de producirse un equilibrio entre el reconocimiento de la obra parodiada y la necesidad de que no haya riesgo de confusión entre ambas (art. 39). El paralelismo que se produce entre dichas obras no podrá ser total o tan persistente que suponga una verdadera "transformación" de la obra, que exigiría el consentimiento del autor de la obra original²³¹. Pero, para apreciar si estamos ante una parodia no se trata únicamente de ver *cuanto* fue tomado de la obra original, sino el propósito que se buscaba con dicho préstamo y la razonabilidad del mismo a la luz del propósito buscado.

En muchos casos, el reconocimiento que el público haga de la obra

²³⁰ DIAZ ALABART reconoce que este criterio no resulta demasiado práctico, concluyendo cómo la única solución plenamente satisfactoria sería la redacción de un precepto que completara en tema patrimonial lo dicho en el artículo 39, evitando así el enriquecimiento injusto del parodista frente a la indefensión que en el plano puramente económico sufre el autor original (*op. cit.*, pág. 600 y 601).

Resulta curioso que la solución apuntada vaya por los cauces de la teoría del enriquecimiento injusto, tantas veces invocada en estas páginas a la hora de buscar salidas para la protección a las ideas. La oportunidad de la acción de enriquecimiento se manifiesta en la parodia de modo mucho más patente que cuando una idea, más o menos desarrollada, toma cuerpo en la obra de otro. El necesario paralelismo que ha de existir entre parodia y obra parodiada junto a la ridiculización de ésta última, hacen que sea, prácticamente, mensurable el enriquecimiento de uno a costa del empobrecimiento del otro. Al descontar del sumando "*prestamo*" la "*cuota*" de originalidad que la obra paródica presente, obtendríamos el enriquecimiento conseguido a costa del autor original. El inconveniente lo encontraríamos a la hora de cuantificar tanto los elementos prestados como los originales.

Dado el carácter de principio general del Derecho que la prohibición del enriquecimiento sin causa tiene, no consideramos del todo imprescindible la redacción de un precepto específico, aunque ello facilitaría la interpretación en este sentido. Ahora bien, hay que conjugar la posibilidad de que, a pesar del paralelismo entre ambas obras, los elementos tomados de la obra original constituyan material libremente utilizable y, por tanto, mera inspiración. En estos casos no podríamos hablar de enriquecimiento sin causa.

²³¹ BAYLOS "*Disquisiciones...*" *cit.*, pág. 64.

subyacente no constituye en la parodia un préstamo suficiente²³² como para requerir de la autorización. Dicho préstamo podría ser calificado de utilización de elementos libremente apropiables. En estos casos, la parodia está más cerca de los supuestos de mera inspiración, -del préstamo de ideas no protegidas por el derecho de autor-, que de la transformación²³³ y por ello constituye una obra original o de primera mano. Se ha dicho como a veces es un delicado ejercicio discernir la frontera entre una adaptación sometida a la exigencia de la autorización previa y una parodia que está dispensada de tal autorización²³⁴. Por ello, la parodia supone uno de los casos más peligrosos dentro de la autoría, pues de no constituir una obra verdaderamente original se corre el riesgo de caer una transformación ilícita de las contempladas en el art. 534 bis), a) del Cp²³⁵.

²³² Un parodista necesita hacer bastante uso de la obra original para conseguir que el espectador la tenga *in mente*, a la vez que ve la parodia y se produzca así el efecto de contraste (BERNSTEIN, R. A.: "Parody and Fair Use", en *Copyright Law Symposium*, ASCAP, no. 31, New York, 1984, pág. 19, citado por DIAZ ALABART, "Comentario...", *cit.*, pág. 595).

²³³ Estas fueron las razones aducidas en el caso *Warner Brothers, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.* (523 F. Supp. 611 (S.D.N.Y.) *aff'd*, 654 F.2d 204 (2d. Cir. 1981). La Warner Bros demandó a la ABC por infracción del *copyright* y competencia desleal porque la producción de esta última, *El Gran Héroe Americano*, atentaba contra los derechos de aquella sobre *Superman*. En primer lugar, el Juez empezó por casar las ideas que las dos obras tenían en común: personajes principales que utilizan su fuerza sobrehumana para luchar contra el mal, encuentros con extraterrestres, identidad en la vestimenta los héroes consistente en una malla con capa. Ninguno de estos elementos constituye más que *uncopyrightable ideas*. Incluso del "supersoplido", la Corte observó que ya había sido popularizado por *Los Tres Cerditos*. En cuanto a las diferencias entre el héroe de la demandante y del personaje principal de la serie de la ABC eran patentes, consecuencia, precisamente, de la imitación por contraste o cambio de sentido por la que se caracterizan las parodias. Como contraposición al famoso héroe, Ralph Hinkley, era un tipo corriente, cuyos poderes extraordinarios le han sido concedidos a través de un disfraz y un libro de instrucciones, que por desgracia se pierde. Decir que se trata de un héroe inepto es tratarle con amabilidad. Como remarca HOWELL ("*Intellectual Property and the Protection of Fictional Characters...*" *cit.*, pág. 117), sin utilizar el término "parodia", el Segundo Circuito reconoció que se compartían ideas, temas y la apariencia en general, pero que eran demasiado inconcretas para constituir una apropiación de la expresión: "que lo que el demandado tomó de la obra del demandante e incorporó a *El Gran Héroe Americano* eran ideas impropetables. La Corte también señaló que no existían problemas de confusión entre ambas obras.

²³⁴ RISTICH de GROOTE, "Les personnages..." *cit.* pág. 57.

²³⁵ Parodia y plagio, en cambio, se distinguen perfectamente. La finalidad que persigue la parodia no es la copia, sino la imitación por contraste o cambio de sentido; y respecto al elemento subjetivo -que el autor de la parodia se atribuya la paternidad de la obra imitada- porque en este tipo de imitaciones no sólo se huye de que el original sea identificado y

En determinados supuestos resulta obvio que la obra paródica se aprovecha de algunos de los elementos de la obra parodiada que no son objeto de la transformación paródica²³⁶; así, cuando, bajo el pretexto de parodiar la letra de una canción, el parodista se apropia íntegramente de la música que no es parodiada. Si se obtuvo la autorización del autor, se tratará de una obra derivada; pero si, con respecto a la utilización de dichos elementos no parodiados, no se observan las reglas de las obras derivadas, estaremos también ante un supuesto de plagio o, únicamente, de infracción de la propiedad intelectual si se guardó al menos el buen criterio de citar al autor ilícitamente apropiado. La razón de ser de la limitación al derecho del autor de la obra original decae respecto a los elementos que no han sido parodiados.

reconocido como la obra de otro, sino que al contrario, se resalta la comparación con ella, dando por supuesto que la parodiada es otra obra distinta (BAYLOS, "*Disquisiciones....*" cit., pág. 64).

²³⁶ FABIANI ha denunciado que en los casos de obras en colaboración (p. e., una composición musical con letra) en la que únicamente es parodiada una parte (p. e., la letra) podrá hablarse de utilización abusiva con respecto a la parte no parodiada ("*Il diritto d'autore...*" cit., pág. 38).

Además, a nuestro modo de ver, la parodia de una sola de las aportaciones puede causar perjuicio a la explotación común. Por ello, en las obras en colaboración, para obtener la autorización de utilizar las aportaciones susceptibles de explotación separada, creemos que -salvo pacto expreso que incluya la parodia- es necesaria la unanimidad de los coautores (art. 9.º 3).

Para DIAZ ALABART no es lícita la parodia de una canción tomando toda la música de la misma que no ha sido parodiada, sino pura y simplemente copiada. Una cosa es poder utilizar trozos o fragmentos de la melodía de una obra original y otra apropiarse de una música, sin permiso del autor y sin abonar ninguna cantidad en concepto de derecho de autor ("*Comentario ...*", pág. 591). En cierto modo parece que, a falta de autorización, la parodia musical debe reducirse a breves fragmentos del tema original.

El supuesto no tendrá especial importancia si la parodia se divulga en un único acto de comunicación pública, pero puede revestir trascendencia económica si se publica mediante la puesta a disposición del público de un número considerable de ejemplares.

3.- REGIMEN JURIDICO.

El estatuto de las obras derivadas puede depender de tres circunstancias distintas según el tipo de autorización que su autor haya obtenido.

En primer lugar, puede ocurrir que el autor de la obra secundaria no haya conseguido la autorización necesaria para poder explotar su nueva obra. Aun así, los derechos morales de dicho autor estarán protegidos "*por el solo hecho de su creación*" (art. 1.º LPI), incluso frente al autor de la obra original que no extiende su señorío pleno a la obra transformada²³⁷.

En segundo lugar, el autor de la obra derivada para explotar su obra puede haber obtenido una autorización pura y simple, teniendo entonces sobre la nueva obra no sólo derechos morales sino también económicos "*sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original*"; es el supuesto básico contemplado por el art. 9.º LPI. Pese a la aparente claridad del precepto, quedan muchas lagunas por llenar, como la situación de dependencia de la obra derivada respecto a la obra subyacente, la remuneración al autor de la obra original, etc.

En tercer lugar, puede darse el caso de que la autorización haya sido incorporada a un contrato de transformación. Este contrato puede, además de detallar las reglas por las que han de regirse ambos autores, prever soluciones distintas de las legales como p. e. la licitud de la explotación sólo bajo determinadas circunstancias.

Las obras derivadas pueden tener entonces tres niveles de protección: un primer nivel, común a los tres tipos de obras derivadas anteriormente

²³⁷ PEÑA, "*Comentario...*" cit., pág. 750.

descritos, que ampara los derechos morales de los autores de las obras derivadas; en el segundo plano, además se protege la explotación pacífica de la obra secundaria; existe también la posibilidad de un tercer plano de protección en el que se proveería de una protección contractual extraordinaria. Gráficamente se podría representar como una serie de círculos concéntricos cuyo núcleo estaría formado por la protección mínima a los derechos morales. En el segundo círculo se protegerían además los derechos patrimoniales y en el tercero aparecería la protección por vía contractual; así, cuando la autorización comprende no sólo la explotación de la obra derivada sino también la explotación de sus derivaciones, p. e. la facultad de explotar las traducciones de la obra derivada.

Al hablar de obras derivadas, tan importante como definir la protección de la obra nueva es determinar los derechos que el autor de la obra originaria tiene sobre la obra nueva que de la suya deriva. Por regla general, los derechos del autor de la obra primitiva y los del autor de la obra secundaria son inversamente proporcionales.

El autor de la obra de "segunda mano" ha de respetar tanto los derechos morales como los económicos del creador de la obra que le ha servido como base. Pero además, debe cumplir aquello a lo que contractualmente se haya comprometido.

Para complicar aún más las cosas, mediante contrato, se pueden comprometer una suerte de derechos morales: así, cuando el autor de la obra preexistente impone el respeto a determinados elementos de dicha obra por cuya alteración no se incurriría en un atentado contra sus derechos morales. Mediante el contrato, el derecho patrimonial de transformación se eleva al rango de *cuasi derecho moral*. El interés que el autor demuestra al condicionar su autorización al respeto de determinados componentes, confiere una suerte de valor de afectación que ha de ser respetado.

3.1.- Aspectos económicos.

3.1.1.- Régimen dispositivo.

3.1.1.1.- Ambigüedad de las normas dispositivas.

Antes de abordar el problema, queremos advertir el hecho de que únicamente con reservas se puede hablar de régimen dispositivo, pues el legislador ha sido muy parco. Cuando la LPI hace referencia a las obras derivadas (arts. 9.º, 11, 12, 21...) utiliza, con más o menos exactitud, la expresión "*sin perjuicio de los derechos de autor sobre el original*". En caso de pacto, evidentemente, los derechos del autor de la obra original serán los que en él se hayan estipulado. Pero, ¿qué ocurre cuando el autor de la obra preexistente se limita sin más a autorizar la nueva obra?

Cuando la cesión fue otorgada en un acto de licencia simple nos enfrentamos ante un vacío legal difícil de llenar. Se ha apuntado que con la referida expresión "*sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente*" se quiere indicar que, a falta de pacto expreso entre ambos autores del que se pueda deducir otra cosa, para explotar la obra derivada es necesario disponer de dos autorizaciones. Es decir, que no es suficiente con la autorización del traductor para editar la obra traducida, ni la del adaptador para representar la obra dramática²³⁸.

Interpretar la expresión referida en este sentido sería redundante puesto que el artículo 9.º exige también "*su necesaria autorización*". Parece entonces que el respeto a los derechos del autor de la obra preexistente exige un *plus* añadido a la autorización. Los derechos que han de ser respetados, con independencia de la autorización, son tanto los morales como los económicos. Además, esta interpretación no precisa el alcance de la autorización prestada: si la autorización comprende distintas modalidades de explotación o es requerida para cada acto concreto de explotación de la obra

²³⁸ GONZALEZ GARCIA *op. cit.*, pág. 547.

nueva; p. e. si cuando se agota una traducción para la cual se había obtenido la autorización, puede reeditarse sin necesidad de una nueva autorización.

El art. 9.º coadyuva a una deficiente comprensión del problema. Parece dar a entender que hay dos tipos de obras compuestas: las que han sido creadas con la autorización del autor de la obra preexistente y las que no obtuvieron el permiso necesario. Pero en realidad, el planteamiento es distinto, pues, como ya dijimos, la autorización no es un requisito para la creación de la obra derivada sino para la explotación de la misma²³⁹. Esto es, no existen obras derivadas lícitas y obras derivadas ilícitas, sino explotaciones lícitas y explotaciones ilícitas de las obras derivadas. Este hecho debe ser la pauta que nos oriente sobre el alcance de la autorización prestada: con la autorización, no se legitima la creación de la obra derivada sino explotaciones concretas de la misma.

Como consecuencia de lo anteriormente sentado, en el caso de que se haya autorizado en términos generales la "creación" de una obra derivada, se entenderá autorizada exclusivamente la explotación que de la misma resulte imprescindible en el momento de la cesión, pero no otras que de ella pudieran derivar.

3.1.1.2.- Interpretación restrictiva de la cesión. Dependencia de la obra derivada respecto de la obra primaria.

Como siempre que en materia de propiedad intelectual se habla de cesión de derechos, rige el principio de interpretación restrictiva del alcance de los derechos cedidos, tal y como ha sido formulado por el legislador español del 87 en la exposición de motivos de la Ley y en los arts. 43 y

²³⁹ RIVERO ha puesto un ejemplo muy gráfico de la innecesidad de obtener autorización excepto cuando la obra derivada se destine para ser explotada: la traducción de una obra a idioma o dialecto distinto del de su original es labor al alcance de cualquiera y permitida, en el sentido de que no puede ser prohibida por nadie, ni por el autor siquiera (*"Comentario al artículo 21"* cit., pág. 421).

siguientes de la LPI²⁴⁰. Concretamente, la doctrina ha reconocido como cierto el principio de interpretación restrictiva de las autorizaciones prestadas en materia de obras compuestas²⁴¹.

La "necesaria autorización" constituye una *cesión* de los derechos de explotación. Ha de ajustarse por tanto a las condiciones de validez prescritas por los artículos 17, 21 y 43 y siguientes de la Ley²⁴². Pero ahora no nos ocuparemos de la validez de la autorización sino del contenido y alcance de la misma cuando ésta se reduzca a un acto de licencia simple y que, por tanto, carezca de pactos acerca de cómo han de regirse las relaciones de ambos autores sobre la nueva obra o como han de ser integrados aquellos puntos no previstos en el contrato.

El autor de la obra preexistente conserva todos los derechos que no hayan sido expresamente cedidos²⁴³. Y si, en términos generales, los pactos concertados han de ser interpretados restrictivamente²⁴⁴, cuánto más si se

²⁴⁰ Con respecto a las obras compuestas, ha señalado GAUTIER que el legislador francés ha consagrado en términos inequívocos el carácter restrictivo del objeto de la cesión de derechos de autor en los arts. 31. 3.º, 35. 1.º, y 39, especialmente en cuanto a los derechos cedidos, a la duración y al territorio ("*Propriété littéraire et artistique*", Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1991, pág. 382).

²⁴¹ COLOMBET, "*Propriété...*". *cit.*, pág.153. Véase la jurisprudencia allí citada. Además, -añade-, el autor de la obra originaria, al dar su conformidad para una adaptación, no renuncia a tomar parte en la elaboración y en la conclusión de los contratos de explotación de la obra derivada; ésta no habría visto la luz sin la obra original y es normal que el autor de aquélla se aproveche de la explotación de esta última.

²⁴² *Vid. supra* epígrafe 2.2. de este mismo capítulo.

²⁴³ En este sentido, señala EDELMAN, como el art. 10 de la Ley francesa de 1985 ha completado en este punto el art. 31 de la Ley del 57, ya que ahora no solamente han de constatarse por escrito los contratos de edición y representación sino que ha sentado el principio según el cual cada derecho cedido debe ser objeto de una mención distinta en el acto de cesión, delimitándose estrictamente el campo de explotación ("*Droits d'auteur et droits voisins*", Actualité Législative Dalloz, (número special hors serie), 1987, pág. 38).

²⁴⁴ GERARD, *op. cit.*, pág. 224.

trata de interpretar el silencio de una simple autorización²⁴⁵. El autor conserva, pues, todo aquello que no haya cedido expresamente y cuando un tercero pretende haber adquirido derechos de autor, tiene que acreditar la cesión que alega; y, dado que la misma puede tener diversas modalidades, ha de demostrar también la amplitud de aquéllos²⁴⁶.

La interpretación restrictiva de la cesión es además consecuencia de la situación de dependencia²⁴⁷ de la obra derivada respecto de la obra primaria. La razón reside en que en las adaptaciones de segunda generación subyace también la obra original²⁴⁸. El derecho al control que el autor tiene sobre su obra pervive en todo aquello que no haya sido expresamente cedido. Puesto que una obra derivada, por definición, está creada sobre los cimientos de otra obra subyacente, la exhibición de la obra derivada inevitablemente conlleva la exhibición de los elementos que derivan de la obra preexistente²⁴⁹. Para apreciar de qué obra deriva la obra derivada de segunda generación,

²⁴⁵ Contrario a esta opinión parece RIVERO, al señalar que nacida una obra nueva, derivada de la transformación, hay también nuevos derechos de reproducción, de distribución y de comunicación pública de la misma que competen al autor de dicha transformación, independientes de idénticos derechos respecto de la original (que puede tener reediciones, nuevas representaciones escénicas si es una comedia, nuevas proyecciones si es obra cinematográfica) a ejercitar exclusivamente por su autor ("*Comentario al artículo 21*" cit., pág. 420). La independencia de la obra original respecto de la obra derivada es obvia; pero no podemos decir lo mismo de la obra derivada en relación a la obra preexistente. Si una vez que se autorizara la obra derivada ésta tuviera vida independiente, la autorización supondría un vaciamiento del contenido del derecho del autor de la obra subyacente: a falta de pacto expreso, p.e. el autor no podría controlar las reediciones de su traducción.

²⁴⁶ POUILLET, "*Traité théorique et pratique...*" cit., pág. 239. Como observa COLOMBET, el autor de la obra primaria que ha consentido en una adaptación, no ha consentido *ipso facto* que se haga una subadaptación ("*Propriété littéraire...*" cit., pág. 220).

²⁴⁷ Como ha puesto de relieve BAYLOS, en este tipo de obras, la dependencia de la obra original se expresa en los propios calificativos que acompañan a este tipo de obras: "obras derivadas" en la Ley española; en la terminología francesa ("*oeuvres composites*"); en la alemana "elaboraciones",... ("*Disquisiciones...*", cit. pág. 52).

²⁴⁸ De la obra transformada se ha dicho que sigue siendo la misma aunque se la recubra con otro ropaje o aparezca expresada bajo otro medio (CARBAJO, "*La nueva regulación española en materia de Propiedad Intelectual (II)*", cit., pág. 3.063).

²⁴⁹ STOLL, E.: "*Derivative Copyright and the 1909 Act- New Clarity or Confusion? Rohauer v. Killiam Shows, Inc.*", Brooklyn Law Review, no. 44 (2), 1978, pág. 912.

hay que fijarse en el criterio de la incorporación y no en el de la semejanza²⁵⁰. Si incorpora elementos de las dos obras, -originaria y derivada-, harán falta las autorizaciones de ambos autores.

Otra manifestación de esta dependencia la tenemos, pues, en la necesidad de obtener la autorización del autor de la obra original para la creación de nuevas obras que deriven de la obra derivada, y por tanto, a su vez de la obra preexistente²⁵¹.

Respecto a las obras cinematográficas el sistema de la doble autorización queda bien patente en el art. 14. 2. del Convenio de Berna: "*La adaptación bajo cualquier forma artística, de las realizaciones cinematográficas extraídas de obras literarias o artísticas queda sometida, sin perjuicio de la autorización de los autores de la obra cinematográfica, a la autorización de los autores de las obras originales*".

El derecho exclusivo de transformación que tiene el autor de la obra primitiva (art. 17), no desaparece al autorizar la explotación de la obra derivada, sino que coexiste con ella, de tal forma que en caso de que la obra nueva sea transformada otra vez, además de la autorización del autor de la obra derivada, habrá que contar también con la autorización del autor de la

²⁵⁰ Este criterio parece apuntarlo RODRIGUEZ TAPIA, "*Comentario...*" cit., pág. 195.

²⁵¹ POUILLET había llegado a esta conclusión poniendo un ejemplo en el que un artista autoriza la reproducción litográfica de su pintura. Evidentemente, el cesionario de la reproducción litográfica no podría hacer reproducir el cuadro mediante el grabado. Pero, plantea si podría hacer grabar la litografía que ostenta en lugar del cuadro y que es obra distinta de éste. Este autor concluye que lo más prudente y conforme con la probable intención de los contratantes es decir que el cesionario de un determinado sistema de reproducción debe ajustarse al mismo y que no puede reproducir la obra que ha obtenido utilizando otros procedimientos sin permiso del autor (*op. cit.*, pág. 248 y ss.). BECQUET nos ofrece otro ejemplo bastante gráfico: el traductor, que indudablemente tiene derecho a las prerrogativas del autor, no puede derivar una obra de su traducción sin contar con la autorización del creador de la producción objeto de aquélla ("*Le droit des auteurs en matière de cinéma*", Thuillies (Bélgica) y París, 1947, n.º 114, citado por GERARD, *op. cit.*, pág. 234).

obra original²⁵². Por ello, no es necesario que el contrato de transformación aluda a esta exigencia, si bien, siempre ayudará la mención expresa de no haber cedido tales derechos²⁵³.

Algún sector doctrinal estima que si el autor original no sólo autorizó, sino que cedió derechos exclusivos de reproducción o/y transformación (según hay sido el modo de incorporación) al autor de la obra compuesta, no podrá oponerse a sucesivas transformaciones tanto de la obra original como de la compuesta, aunque conserve el derecho a publicar el original en

²⁵² A esta conclusión llegó la Corte de Apelación francesa (17 Julliet 1953, *cfr.* VILBOIS, J.: "*Une controverse sur les droits cinématographiques de l'opera «La Tosca»*", RIDA, n.º 2 (1953), págs. 47 y ss.) con la película *Devant lui tremblait tout Rome*, la cual incluía más o menos treinta y un minutos filmados directamente de la ópera *La Tosca*. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Casación civil (22 juin 1959, D. 1960.129). El argumento de la película no tenía nada que ver con la ópera. La sociedad Ricordi, cesionaria de los derechos sobre la ópera, había cedido al productor de la película, mediante precio, el derecho a introducir en su película algunos fragmentos musicales de *La Tosca* así como la letra de la versión italiana en que se cantaba. Los herederos de Victorien Sardou -autor del drama en que la ópera se basaba- cuya autorización no había sido solicitada demandaron a la sociedad Ricordi, así como a las sociedades productoras de la película.

El contrato de transformación permitía a Ricordi obtener el libreto de la ópera, así como representar dicha ópera en los teatros de todos los países y en todas las lenguas. Sardou percibiría cierto porcentaje en concepto de derecho de autor tanto por los ingresos de taquilla como por las ventas de libretos.

Puesto que el argumento del drama está contenido en la ópera, ésta no es una obra nueva y no basta sólo con la autorización de Ricordi, sino que es necesaria además la autorización de los herederos de Sardou. Además, -añade la Corte de Casación-, no se puede presumir que V. Sardou había consentido la utilización cinematográfica de la ópera, la cual no era asimilable ni a una representación teatral, ni a una edición de una partitura. La Corte, pues, adoptó una postura moderna al decantarse tanto por el criterio restrictivo de la cesión de derechos como por la intransmisibilidad de las modalidades de explotación desconocidas al tiempo de la cesión.

²⁵³ En *Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc.*, (538 F.2d 14, 2d Cir. 1976), un grupo de escritores y artistas británicos habían preparado unos guiones de series de televisión *Monty Python's Flying Circus* para la British Broadcasting Corporation (BBC). Su acuerdo prohibía a la BBC el hacer alteración alguna sobre los programas una vez que fueran grabados. Consecuentemente, la BBC, como titular del *copyright* de los programas de televisión, autorizó la emisión de los *shows* en la televisión americana. Este último acuerdo únicamente permitía a la ABC emitir los programas. Tras la primera emisión en América, los guionistas demandaron a la ABC, instando el cese de las siguientes emisiones, porque la "mutilación" de los programas violaba los términos de su acuerdo con la BBC. La Corte de Apelación convino con los escritores en que "el programa grabado era meramente una obra derivada tomada del guión sobre el cual ostentan indiscutido derecho". Como consecuencia, el uso por la BBC de los programas grabados, incluso poseyendo el *copyright* de los mismos, estaba limitado por la autorización concedida a la BBC por Monty Python para usar el guión subyacente.

colección completa o escogida²⁵⁴.

Desde nuestro punto de vista, la cesión en exclusiva del derecho de transformación únicamente faculta al cesionario para explotar su transformación concreta con exclusión de otras transformaciones posibles de la obra original. Incluso en caso de existencia de pacto de "transformación en exclusiva", creemos que éste debería ser interpretado restrictivamente. Salvo cláusula en contra, el titular de la obra transformada con pacto de exclusividad se podría oponer, tan sólo, a nuevas obras derivadas del mismo género de la suya o de aquellos que le hicieran competencia a su explotación, pero no a otro tipo de obras derivadas de la obra original. Así por ejemplo, el cesionario del derecho de adaptación cinematográfica de una novela, creemos que, por ése único título, no podría oponerse a la adaptación de la novela al tebeo (siempre, claro está, que la historieta no incorpore elementos originales de la obra cinematográfica o viceversa).

Para que el cesionario adquiera el derecho de hacer obras derivadas de segundo grado es preciso que así se pacte expresamente y por escrito. Parece que el autor si puede ceder anticipadamente el derecho a hacer obras de segunda generación (obras que deriven de la obra que, a su vez, deriva de la obra preexistente), cuando, al tiempo de celebrar el contrato de adaptación, transmita expresamente el referido derecho; v. gr. transmitir la facultad de explotar las traducciones de la obra derivada o, después de un cierto número de años, filmar el *remake* de la película derivada de una novela, etc.

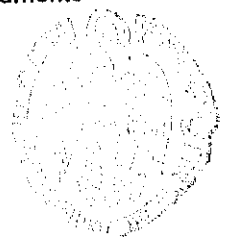
²⁵⁴ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario..." cit., pág. 195. En la doctrina estadounidense, parece manifestamente contrario MIMMS, para quien la Ley de *copyright* no debería contener provisión alguna que diera a los autores, (puesto que ellos son intrínsecamente capaces), una "segunda oportunidad" sobre sus obras. Si un autor cede su obra y el adquirente la modifica y explota, convirtiéndola en un éxito tremendo, debería ser el adquirente quien se beneficiara de la recompensa. Esta es la única forma de preservar el mandato constitucional que asegura el progreso de de "las ciencias y de las artes", preservando la iniciativa de los autores ("*Reversion and Derivative Works under the Copyright Acts of 1909 and 1976*", in Copyright Law Symposium, no. 28, directed by ASCAP, Ed. Columbia University Press, New York, NY, 1982, págs. 49-50).

Esta cesión, como cesión que es de los derechos de autor, ha de ajustarse a las condiciones de validez de las transmisiones de derechos. Por ello, *"la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión"* (art. 43.5). Y, a falta de pacto, rigen las disposiciones generales sobre la transmisión de derechos: así p. e., si se cede el derecho a elaborar en el futuro un *remake* de una película adaptada a su vez de una obra literaria, *"la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años"* (art. 43.2 LPI).

No se considera, en cambio, obra derivada de las que precisa autorización del autor la obra *punte* para la obtención de la obra derivada que se desea. Así, para la obtención de una obra cinematográfica derivada de una novela, es preciso atravesar una fase de carácter literario en la cual se redactará el guión. Para nosotros, esta falta de necesidad de consentimiento del autor de la obra preexistente, no se basa en la presunta autorización que éste dio al firmar el contrato de adaptación²⁵⁵, sino en el hecho de que dicha obra *punte* no vaya a ser explotada directamente. En el

²⁵⁵ GERARD, *op. cit.*, pág. 231 y ss. Para este autor, cuando un novelista o un autor teatral consienten en que se filme una obra cinematográfica basada en su creación, con dicho acto dan su conformidad para que el guión sea concebido por escrito y para que las copias de este elemento literario sean entregadas a todos aquellos que intervienen en la elaboración de la película... Se trata de un acto de tipo interior, -presentando analogías con las copias que el director teatral hace para repartir entre los actores-, de un procedimiento de transposición al cine, y que en absoluto ha sido violado el contrato de adaptación. Sin embargo, -añade-, la reproducción literal del guión derivada de la obra preexistente no debe salir de los límites del uso personal, y sólo es lícita en la medida justificada que sirva para alcanzar el objetivo previsto, o sea, la elaboración de la obra cinematográfica, pues si los ejemplares fueran distribuidos fuera del círculo de autores y técnicos, recibiría un empleo que no tiene nada en común con el uso privado.

Aunque parezca que nosotros llegamos al mismo resultado práctico que GERARD, al legitimar la realización del guión en base al hecho de que no es explotado en sí mismo -única circunstancia para la cual las obras derivadas necesitan de la autorización del autor de la obra primigenia-, no es del todo coincidente. Para nosotros, es lícita la realización de un guión aun antes de contar con la autorización del autor para la realización de la obra cinematográfica. Lo que ocurre es que, mientras no se obtenga dicha autorización, ni el guión ni la película que de ella derive podrán ser explotadas. Además, la autorización para explotar dichas obras derivadas es independiente entre sí, de tal manera que mediante el contrato de adaptación cinematográfica el productor no obtiene el derecho a explotar económicamente el guión de su película.



caso de que el referido guión fuera a ser, p. e., publicado, sería necesaria la autorización expresa del autor de la obra preexistente. La cesión del derecho a publicar el guión no forma parte del contenido del contrato de adaptación cinematográfica o, en su caso, de la autorización para crear la obra cinematográfica derivada.

Salvo cesión en exclusiva del derecho a transformar, el autor conserva también el derecho a autorizar nuevas transformaciones independientes de la primera²⁵⁶. Así, p. e., la autorización que da un escritor para que se traduzca su obra al francés es independiente para que esa misma obra sea traducida al ruso. En todo caso, cuando se trata de la autorización para explotar una obra audiovisual "*podrá [el autor de la obra preexistente] disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor*" (art. 89.2.)²⁵⁷.

Dentro del alcance de la autorización se han presentado muchos problemas a la hora de determinar qué derechos de explotación corresponden al autor de la obra derivada. Hemos señalado cómo, en términos generales, la autorización se limita a la explotación concreta para la cual dicha

²⁵⁶ Cuando de una misma obra derivan varias elaboraciones surge el problema de la concurrencia entre ellas y de la posible violación de los derechos del autor de la primera elaboración, si la nueva elaboración utiliza elementos creativos de la otra obra derivada preexistente (FABIANI, M.: "*Il diritto d'autore...*" cit., pág. 37). En la Corte de Apelación de Bolonia, se presentó un caso particular, (10 julio 1964, in *Dir. aut.*, 1964, pág. 500), en el cual una composición musical fue adaptada a ritmo del tango y posteriormente a *lento*. La Corte confirmó la regla, -exacta en la opinión de este autor-, de que el titular del derecho de transformación de una cancioncilla según un ritmo dado (tango) no tiene derecho a oponerse a la elaboración de carácter creativo de la composición originaria en un ritmo diverso (*slow*), a menos que la nueva obra resulte una falsificación o imitación de la transformación anterior.

²⁵⁷ El primer inciso del apartado 2.º del art. 89 es acorde con la doctrina general de las obras derivadas: la obra original mantiene su vida independiente y, por tanto, lo consideramos supérfluo. Pero además se les ha criticado a los legisladores que quizá obsesionados con evitar que se utilizara la obra original en otro género idéntico para el que se transformó, se olvidaron no sólo de que existen más supuestos de explotación separada, sino que hay también obras distintas susceptibles de transformación, como sucede con las musicales (PEREZ DE CASTRO, N.: "*Comentario al artículo 90*", en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 1259).

autorización fue solicitada²⁵⁸; de tal manera que posteriormente si se presentan otras posibilidades de explotación (conocidas o no al tiempo de la autorización), el autor de la obra derivada ha de contar de nuevo con el beneplácito del autor de la obra primitiva.

La exigencia de autorizaciones expresas para cada modalidad de explotación constituye otra de las manifestaciones de la soberanía del autor sobre su obra. Pero, la autorización del autor de la obra preexistente únicamente será necesaria cuando en la nueva explotación de la obra derivada se utilicen elementos pertenecientes a dicha obra y no cuando lo que se explote sea el material nuevo de la obra derivada. Así, p. e., para editar la partitura sin letra de una ópera no se precisa el consentimiento del novelista en cuya novela se basó el libreto. El autor de la obra derivada adquiere originariamente los derechos sobre los nuevos elementos añadidos a la obra preexistente.

El mejor método para distinguir, dentro de la obra derivada, el material prestado a la obra preexistente y los nuevos elementos es partir de la independencia de ambas obras al caer en dominio público. Si imaginamos que la obra preexistente cae antes que la derivada en dominio público los elementos de la obra derivada contenidos en la obra primitiva serán libremente utilizables. Pero, si la obra derivada cayera antes en el dominio público únicamente caerán en el dominio público los elementos nuevos aportados por autor de la derivación; pues el material que se había tomado prestado de la obra original sigue estando protegido²⁵⁹.

²⁵⁸ En este sentido, COLOMBET señala como el novelista que ha consentido una adaptación para la pantalla, no ha consentido la adaptación para la televisión ("*Propriété...*" cit., pág. 153).

²⁵⁹ Así lo ha considerado la jurisprudencia estadounidense en varias sentencias. En *Filmvideo Releasing Corp. v. Hastings*, -426 F. Supp. 690 (S.D.N.Y. 1976)-; el demandante dedujo juicio declaratorio que le permitiera exhibir veintiocho películas de *Hapalong Cassidy* en televisión. Las películas estaban basadas las novelas de Clarence E. Mulford y habían sido producidas con su consentimiento. Las películas cayeron en dominio público, mientras que las novelas seguían estando protegidas al amparo del *copyright*. El demandante había obtenido los negativos de las películas pero, aparentemente, nunca había sido titular de

Aunque, en la gran mayoría de los casos, este control de los designios de la obra derivada por el autor de la obra original está justificado, no parece muy oportuno cuando la obra nueva alcanza cotas de creatividad y originalidad muy superiores a las de la obra original -aunque los criterios basados en la calidad artística de las obras hayan sido siempre objeto de la más dura crítica-. Ante la negativa del autor de la obra básica, la obra secundaria no podrá ser explotada mediante nuevos medios de difusión o modalidades de utilización distintas de la originalmente concedida.

Se produce pues una paralización de las nuevas utilidades de la obra derivada que puede suponer un grave perjuicio para el interés cultural. Véase, p. e., una ópera cuya explotación cinematográfica depende, en última instancia, de la eventual autorización del autor de la obra teatral en la que se basaba el libreto o de la novela en la que se basaba, a su vez, dicha pieza teatral. Se presta, incluso, a situaciones de abuso de derecho, al encontrarse el autor de la obra primigenia en una posición de prepotencia²⁶⁰.

derechos de autor sobre la obra derivada. Pretendía obtener la declaración de que las películas estaban en el dominio público. Los sucesores de Mulford se opusieron. La Corte estimó que los derechos sobre las obras preexistentes podían infringirse al televisar las películas de dominio público.

En *Russell v. Price* -448 F. Supp. 303 (C.D. Calif. 1977), *aff'd*, 612 F. 2d 1123 (9th Cir. 1979), *cert. denied* 446 U.S. 952 (1980)- se llegó a la misma solución: la película *Pygmalión*, basada en la famosa obra de Bernard Shaw fue rodada con el consentimiento de éste. La película cayó en dominio público en 1966, veintidos años antes de que lo hiciera la obra teatral. En 1971, los sucesores de Shaw concedieron la licencia de distribución exclusiva de la película de 1938 a Janus, quienes demandaron conjuntamente a Budget Films por distribuir copias de la película sin permiso. El noveno Circuito dió la razón a los demandantes al considerar que puesto que el *copyright* de la obra derivada no protege nada más que el "material nuevo", tal obra no puede ser utilizada incluso habiendo caído en el dominio público sin el consentimiento del titular de la obra subyacente.

²⁶⁰ En los tribunales estadounidenses se libró una batalla sobre quien ostentaba los derechos cinematográficos de la ópera *Madame Butterfly* -*G. Ricordi & Co. v. Paramount Pictures, Inc.*, 92 F. Supp. 537 (S.D.N.Y.), *modified*, 189 F. 2d 469 (2d Cir. 1950), *cert. denied*, 342 U.S. 849 (1951)-. En 1897, un tal John Luther Long publicó una novela titulada *Madame Butterfly*. Con su autorización, el empresario teatral David Belasco escribió una obra teatral basada en la novela. Belasco y Long cedieron a la compañía Ricordi el derecho para que ésta hiciera una ópera basada en la novela y el drama. Ricordi encargó a Puccini la composición de la ópera. En 1932, la Paramount compró a los herederos de Long y de Belasco los derechos cinematográficos sobre la novela y el drama. En 1945, la obra de Belasco cayó en el dominio público por no haber renovado el *copyright*. Poco después, Ricordi anunció sus planes de hacer una película de la ópera de Puccini, pero la Paramount

Somos de la opinión de que ante tales supuestos, y salvo que la negativa del autor de la obra preexistente a prestar la nueva autorización sea debida al ejercicio del derecho a retirar la obra del comercio, el Juez podría apreciar la existencia de abuso de derecho (art. 7.º C. c.) y suplir la autorización del autor por la judicial. Pero en ningún caso el autor de la obra primigenia podría ser privado de su derecho a la remuneración proporcional.

El caso en el que el Juez autorice la explotación de alguna utilización de una obra derivada, -que en su día fue transformada con el consentimiento del autor-, porque aprecie que existe abuso de derecho, no difiere de los supuestos clásicos de limitación de la propiedad ordinaria como consecuencia de un abuso de ése derecho de propiedad. Por esta razón, el derecho de transformación sigue siendo un derecho exclusivo del autor, tal y como ha quedado enunciado por el artículo 17 LPI, junto con los demás derechos de explotación económica.

En este punto, el principio de interpretación restrictiva de la cesión se manifiesta en que la autorización judicial se reduce a la explotación concreta para la cual fue pedida la autorización.

se opuso en base a ser ella la titular de los derechos cinematográficos sobre la novela y el drama subyacentes.

El Segundo Circuito concluyó que Ricordi, como titular de una obra derivada (la ópera), no podía hacer una película utilizando el material original de la novela de Long porque dicho derecho pertenecía a la Paramount. La Corte añadió que Ricordi podía utilizar en su película tanto el material nuevo de la ópera como el material nuevo contenido en el drama de Belasco que había caído al dominio público, de manera que mientras la novela de Long permaneciera protegida, la versión filmada de la ópera de Ricordi no podría utilizar el material del drama que traía causa de la novela. NEVINS sostiene que lo que es objetable no es la decisión de Ricordi en sí misma sino cómo ha sido aplicada su doctrina posteriormente en otras sentencias (*op. cit.*, pág. 79). Por su parte, NIMMER observa como de una lectura más amplia de la sentencia se deduciría que Ricordi había perdido el derecho a explotar el material la obra preexistente contenido en la obra derivada, a pesar del hecho de que la obra derivada fue creada durante el tiempo en que Ricordi tenía autorización del titular de la obra original ("*Nimmer on Copyright...*", § 3.07[A], pág. 3 y ss.). Contrariamente, ELLINGSON considera más adecuado optar por un punto de vista más estricto, según el cual, Ricordi únicamente perdería el derecho a autorizar una segunda generación de obras derivadas (*op. cit.*, pág. 15).

3.1.1.3.- ¿Existe una situación de cotitularidad entre el autor de la obra preexistente y el autor de la obra derivada sobre el conjunto de ésta última?

La posición aquí defendida, según la cual el autor de la obra preexistente mantiene sus derechos sobre aquella parte de la obra derivada que contenga elementos de su obra, requiere analizar la relación de ambos autores respecto de la obra derivada.

Los arts. 9.º, 11 y 21, 2 de la LPI se hacen eco, en unos términos similares, de la situación de concurrencia de derechos sobre la obra derivada entre el autor de la obra primigenia y el de la obra derivada: *"sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente"* y de su *"necesaria autorización"* (arts. 9.º y 17). Por su parte, el art. 21,2 establece que *"los derechos de propiedad intelectual de la obra resultante de la transformación corresponderán al autor de esta última"*²⁶¹.

De estos preceptos se deduce que sobre la obra derivada existen derechos concurrentes del autor de la obra preexistente y del autor de la nueva. La propiedad intelectual de la obra derivada corresponde tanto al autor de la obra preexistente como al autor de los elementos nuevos incorporados a la obra derivada *"por el solo hecho de su creación"*. Por esta razón, decimos que la autorización no es preceptiva para el surgimiento de los derechos de autor sobre la obra derivada sino únicamente para la explotación lícita de la misma.

Para la explotación de cada una de las posibles utilidades de la obra

²⁶¹ Para RAMS, el art. 21-2 LPI ha de integrarse a la vista del art. 2-3 de la Convención de Berna, que afirma que *"estarán protegidas como obras originales sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, y demás transformaciones de una obra literaria o artística"*, lo que aporta un matiz de singular importancia, porque una cosa es la protección que se otorga a una obra de creación original y otra, muy distinta, una protección que se obtiene *similiter*, como si lo fuese (*"Comentario al artículo 21"* cit.).

derivada se requiere la autorización expresa de ambos autores. Pero esta unanimidad entre los autores es distinta y más rigurosa de la exigible en las obras realizadas en régimen de coautoría. En éstas, la unanimidad únicamente es exigible para divulgar y modificar la obra y para explotarla en forma distinta en que se había divulgado (art. 7.º 2 LPI) y en caso de desacuerdo podrá resolver el Juez. En aquéllas, ambas autorizaciones son necesarias para cualquier acto de disposición de la obra derivada, siempre que implique incorporación de material que comporte elementos comunes a ambas obras²⁶² y la negativa de cualquiera de los autores es, -salvo que exista abuso de derecho-, irrecurrible.

Las razones de la necesidad de consentimiento unánime de los autores en una y otra obra son también distintas: en las obras en colaboración, se trata de conjugar unos derechos idénticos de los coautores sobre la obra común. De ahí, su necesidad de justificación; en la obra derivada, se trata del ejercicio separado de los derechos exclusivos de los autores sobre cada una de sus obras privativas. Por ello, su negativa a que la obra derivada sea explotada puede no estar justificada.

A pesar de la apariencia de superioridad jerárquica del derecho del autor de la obra preexistente, creemos que se trata de un derecho parejo al del autor de la obra derivada, pues para la explotación de ésta no basta tampoco con la autorización del autor de la obra original sino que también es necesaria la del autor de la obra derivada. Lo que ocurre es que, mientras que el autor de la obra original siempre podrá explotar su obra, la explotación de la obra derivada depende de la autorización del autor de aquélla.

En principio, la obra derivada aparece entre las situaciones de cotitularidad que se presentan en el derecho de autor. Sobre la obra derivada

²⁶² No será necesaria la autorización del autor de la obra original para explotar el nuevo material aportado por el autor de la obra derivada. Ello se ve en el ejemplo clásico de la canción derivada de un poema: el autor de la obra derivada puede explotar libremente su música.

concurren el autor de la obra original y el de la obra derivada: ambos tienen sobre la misma facultades personales y patrimoniales²⁶³, incluso sobre la obra derivada inédita que aún no haya obtenido la autorización del autor de la obra preexistente²⁶⁴. Se ha dicho también que es normal que el autor de la obra preexistente esté asociado a la explotación de la obra compuesta, al menos en tanto que la obra originaria no haya caído en el dominio público²⁶⁵, así como también que "el autor de la obra original y el de la obra derivada tienen sobre ésta última derechos concurrentes"²⁶⁶. Pero, ¿qué clase de derechos concurrentes comparten?

Cabe adoptar dos puntos de vista:

En primer lugar, admitir que los autores se pueden encontrar tanto en una situación de comunidad como de sociedad. Si ha mediado un pacto por el cual los autores acuerdan repartirse los beneficios que la explotación de dicha obra derivada produzca, parece que el supuesto se asemeja mucho al contrato de sociedad. Un contrato de esta índole parece cumplir con los requisitos de validez previstos por el art. 1.665 del C.c.: *un contrato por el cual dos o más personas (el autor de la obra preexistente y él de la derivada) se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, (la obra derivada, dónde la aportación del autor de la obra originaria consiste en los elementos de ésta que subyacen en la nueva obra y la aportación del autor de la obra derivada consiste en los nuevos elementos que conforman la nueva obra), con ánimo de partir entre sí las ganancias* (los ingresos que la explotación de la nueva obra y de sus futuras utilizaciones generen). En este caso,

²⁶³ PEÑA, "Comentarios..." cit., pág. 810.

²⁶⁴ RECHT estima que la obra del espíritu, desde que se crea, es un elemento de fortuna o de riqueza susceptible de apropiación para el provecho de su autor. Forma parte de su patrimonio, independientemente de su divulgación ("*Le droit d'auteur, une nouvelle forme...*" cit., págs. 218-219).

²⁶⁵ COLOMBET, "*Propriété littéraire....*" cit., pág. 153.

²⁶⁶ Cass. civ., 22 juin 1959, D. 1960.129, arriba citada relativa a la ópera *Tosca*.

podríamos estar ante una sociedad sin personalidad jurídica al amparo del art. 1.669 del C.c.

En segundo lugar, si el autor de la obra preexistente se limitó a prestar su autorización mediante un acto de licencia simple, la situación se complica: de una parte, el autor de la obra derivada podría explotar por su cuenta la modalidad autorizada²⁶⁷; por la otra parte, dado el carácter restrictivo de la cesión al derecho o derechos cedidos y a las modalidades de explotación expresamente previstas (art. 43.1 LPI) persiste, con respecto a las modalidades de explotación no previstas en dicha cesión, una situación de comunidad entre los dos autores consecuencia de la incorporación en la obra derivada de material propio del autor de la obra preexistente y de elementos creativos aportados por el autor de la reelaboración²⁶⁸.

De la calificación que demos a la situación de los autores sobre la obra derivada depende qué presunción habrá que aplicar en caso de no haber pactado la proporción en que deben ser repartidos los productos de la explotación. En caso de apreciar que ambos autores se encuentran en régimen de comunidad rige el art. 393 del C.c., presumiéndose igual la proporción de los partícipes²⁶⁹; contrariamente, si se admite que se trata de

²⁶⁷ En cierto modo podríamos decir que falta la *affectio societatis*, puesto que el consentimiento se agotaría en la realización de una sola operación. La *affectio societatis* se ve con mayor claridad cuando se estipula expresamente la futura participación, no sólo para una modalidad concreta de explotación sino para varias de ellas, pues versa sobre una serie indefinida de actos.

²⁶⁸ ASCARELLI parece favorable a esta solución para los diversos supuestos en que nos encontramos con situaciones de comunidad del derecho de autor, aunque no distingue con claridad los casos en que la comunidad fuera consecuencia de la colaboración y aquellos en que fuera resultado de la reelaboración. Pero añade como precisamente la ley interviene con una disciplina especial que no tendría, en cambio, razón de ser si el consentimiento implicase por sí mismo una aportación en sociedad (*op. cit.* últimamente, pág. 721).

²⁶⁹ Para PEÑA (*op. cit.*, pág. 810), los rendimientos de la obra derivada, en defecto de pacto, se dividen por partes iguales (arg. artículo 393, II, C. c. y arts. 96, *in fine*, y 111 del RLPI). Por su parte, RODRIGUEZ TAPIA estima que si la obra fue autorizada por un acto de licencia simple, ante la falta de reglas específicas de la LPI, puede considerarse analógicamente aplicable el artículo 90.3 LPI (tarifas de sociedades de gestión), para licencias forzosas, si hubiera autorización tácita y no se hubiera pactado remuneración alguna

una sociedad, a falta de pacto, rige la regla de la proporcionalidad de las aportaciones²⁷⁰, contemplada en el art. 1.689, § 2.º del mismo cuerpo legal; en nuestro caso, según el material creativo aportado por cada uno de los autores aunque será de difícil valoración.

En cierto modo, podríamos también decir que, con la autorización del autor de la obra primitiva, se produce una especie de *mezcla* de las contempladas en el art. 381 del C.c, pues este artículo permite que la mezcla se produzca por voluntad de los dueños²⁷¹. De admitir la analogía de la adjunción que se produce en las obras derivadas con la mezcla, cada autor adquiriría un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las respectivas creaciones. En este caso, se llega al mismo resultado que se obtiene de la calificación como sociedad.

Según se trate de comunidad o sociedad podría depender también la calificación de la remuneración debida al autor de la obra preexistente como

("Comentario..." *cit.*, pág. 193).

Desde nuestro punto de vista, la mera autorización abre una serie de interrogantes que sería imposible resolver de modo genérico. ¿Qué ocurriría en el caso de haber autorizado por medio de licencia simple la inclusión de fragmentos de una obra en una antología, en la cual la inclusión de algunas obras ha sido autorizada siguiendo un criterio proporcional, a tanto alzado para otras y gratuitamente para las restantes?

De la lectura de los arts. 9.º, 11, 17 y 21 parece admisible que la autorización a secas sea gratuita. A falta de pacto, parece que la costumbre del sector cuando el préstamo de la obra originaria es pequeño en relación a la creatividad de la obra derivada es que sea gratuito. Creemos que no se puede dar una solución apriorística y que en última instancia habrá que atender a la voluntad presunta de las partes.

²⁷⁰ En materia de obras derivadas, la dificultad no vendría determinada a la hora de "probar" las aportaciones de cada autor, que son ciertas, sino a la hora de "valorar" dichas aportaciones.

²⁷¹ Para RODRIGUEZ TAPIA, en el terreno de los derechos de autor se produce una especie de accesión semejante a la descrita en el artículo 360 C.c., siendo los materiales la obra ajena, preexistente, aunque aquí (art. 9.º LPI) se exige autorización del dueño ("Comentario ..." *cit.*, pág. 199). Para nosotros, la titularidad sobre la obra nueva corresponde a ambos autores, pues su explotación necesita de su doble autorización. Puesto que conforme al art. 360 es el propietario del suelo (obra nueva) quien hace suyas las plantaciones o construcciones u obras con materiales ajenos, aunque indemnice al propietario de los materiales (obra preexistente), creemos que este artículo se adecua peor al supuesto de las obras derivadas que el art. 381, según el cual cada propietario -autor- adquiriría un derecho proporcional.

derecho real²⁷² (si se trata de una comunidad) o derecho de crédito (en caso de estar ante una sociedad).

Mientras que la constitución de la sociedad se produce por contrato, no cabe hablar de "causas de nacimiento" de la comunidad que serán los mismos modos de adquisición de un derecho real cuando tal situación se opera a favor de una pluralidad de propietarios²⁷³.

La forma de adquisición de los derechos sobre la obra derivada es muy compleja. Algunos derechos, -como los morales y los patrimoniales sobre el nuevo material-, nacen por el mero hecho de la creación; otros derechos, para poder ser ejercitados necesitan de la "autorización" del autor de la obra preexistente. Pero, incluso éstos, pueden ser adquiridos por el paso del tiempo, cuando la obra originaria caiga en dominio público.

De la mera autorización para explotar una utilización concreta de la obra derivada, no parece que surja un contrato de sociedad, pues la autorización simple no es un contrato; se estaría más cerca de una situación de cotitularidad. Pero nada obsta a que se celebre un contrato de sociedad, o quizá, puesto que se trata de la explotación de aspectos concretos de la obra se podría hablar incluso de *cuentas en participación*.

En las obras derivadas la *vis atractiva* de la comunidad es tan fuerte que incluso cuando el autor de la obra preexistente y el de la obra derivada hayan acordado explotar determinadas modalidades en régimen de sociedad,

²⁷² Sin abordar el tema de si los autores se encuentran en una situación de comunidad o de sociedad, RODRIGUEZ TAPIA considera que una vez autorizada la publicación de la obra compuesta, nace un derecho de crédito en favor del autorizante (si así se pactó), pues la pretendida naturaleza real del derecho de autor no nos puede desviar la vista del campo de las obligaciones, que es donde se desenvuelven las autorizaciones y los contratos de explotación. Por ello, como regla general, tendrá el plazo de una acción personal ("*Comentario...*" cit., pág. 193).

²⁷³ PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, anotaciones a ENNECCERUS-LEHMANN, "*Tratado de Derecho civil*", 3.ª edición, adaptada por Ferrandis, II, 2. 2.º, Barcelona, 1966, pág. 752.

la comunidad persiste respecto de aquellos derechos y modalidades no cedidos expresamente. La comunidad se apreciaría con respecto al conjunto de derechos sobre la obra derivada, incluyendo todas las modalidades de explotación inexistentes o por inventar. Esto es así porque, como cada cesión debe ser efectuada expresamente, la comunidad se mantiene respecto al resto de utilizaciones que puedan surgir de la obra. En cambio, la sociedad únicamente podría ir referida a las modalidades expresamente pactadas y conocidas al tiempo de la cesión, debiéndose regir las utilizaciones no previstas por las reglas de la comunidad.

Otra posibilidad sería considerar que, aunque la explotación de la obra derivada requiera la autorización de ambos autores y como consecuencia de dicha explotación puedan participar los dos autores de los beneficios que la obra genere, la obra derivada no existe como entidad patrimonial independiente. El autor de la obra derivada, mediante la autorización, únicamente obtiene utilizaciones parciales de la obra y cada vez que pretenda explotar alguna modalidad, no prevista en su licencia, deberá obtener de nuevo el permiso del autor de la obra que le sirvió de base. Nada comparten puesto que nada se pueden exigir mutuamente y para cada acto necesitan una autorización independiente.

El obstáculo que encontramos a esta última opción es que según ella, parece que los derechos de explotación sobre la obra derivada no correspondieran *exclusivamente* a sus autores, tal y como promulga el art. 17 LPI, lo cual nos remite, otra vez, al tema de la concurrencia de titulares.

3.1.1.4.- Derechos derivados de la explotación ilícita o no consentida de la obra derivada.

En otro lugar, ya quedó expuesto como el autor o el titular de la obra explotada ilícitamente mantienen algunos derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente (art. 21,2 LPI)

como los morales y los derechos (patrimoniales) a las indemnizaciones que por infracción de dichos derechos morales les correspondan. Por su parte, los derechos económicos del autor originario consisten, fundamentalmente²⁷⁴, en las indemnizaciones que de la explotación ilícita de la obra derivada resulten.

No es necesario que la lesión producida al autor sea calificada como delito. Cabe la posibilidad de que se trate de una infracción únicamente civil, o incluso que se exploten obras derivadas ilícitas que tengan una apariencia de validez; p. e. si la autorización es impugnada porque el autor de la obra preexistente era incapaz al tiempo de otorgar la licencia o cuando la obra preexistente que se creía en dominio público estaba aún protegida.

No nos corresponde aquí extendernos sobre las acciones y procedimientos que corresponden a los autores para la protección de sus derechos de los arts. 123 y siguientes de la LPI²⁷⁵ o sobre la posibilidad de defensa del derecho a la integridad de la obra por los cauces arbitrados por la L.O. 1/1982, si la modificación efectuada en la obra derivada supone "*un menoscabo a su reputación*" del autor de la obra preexistente.

En cuanto a los procedimientos que la LPI prevé por lesión, baste señalar dos aspectos: en primer lugar, que la cuantía total de la tutela civil puede incluir tanto la indemnización por resarcimiento/enriquecimiento, como las medidas encaminadas a la cesación de la injerencia y la indemnización del daño moral. La indemnización prevista en el art. 125 de la LPI no excluye

²⁷⁴ No ha de olvidarse que las indemnizaciones pertinentes son por el hecho de haber explotado la obra sin autorización; como consecuencia, el autor de la obra originaria sigue conservando el derecho de transformación (derecho exclusivo de explotación, art. 17), de tal manera que en el futuro podría disponer de él, cediéndolo, p. e., mediante el pago de una remuneración al titular de los derechos sobre la obra derivada, independientemente de la indemnización anterior.

²⁷⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, A.: "Comentarios a los artículos 123, 124 y 126", DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: "Comentario al artículo 125", y MORENO CATENA, V.: "Comentarios a los artículos 127 y 128", en "Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual" cit., págs. 1633-1716.

las medidas de remoción del art. 124, ni la indemnización del daño moral²⁷⁶.

En segundo lugar, el desatino del legislador del 87 al limitar la opción del art. 125 a la elección entre el beneficio presumible o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. El art. 66. 2 de la Ley de Patentes añade una tercera opción: los beneficios que el infractor haya obtenido de la explotación²⁷⁷.

Finalmente, no está claro qué acciones corresponden al titular de los derechos de la propiedad intelectual cuando la infracción es debida a un incumplimiento contractual. Parece claro que el art. 123 admite el ejercicio de "otras acciones que le correspondan"; pero lo que no es tan patente es que los litigios derivados de los contratos deban ser resueltos conforme a las reglas de la LPI, cuando no consistan en una "actividad ilícita" de las previstas en la Ley, aunque sí serán aplicables en cuanto a las especialidad del objeto. Por ello se ha dicho que aunque la publicación no sea ilícita, la infracción de alguno de los términos del contrato puede paralizar la publicación y provocar su secuestro judicial²⁷⁸. Deberá ser la jurisprudencia quien establezca los límites.

3.1.2.- Régimen convencional.

A lo largo del presente capítulo hemos venido haciendo hincapié en que la autorización para explotar la obra derivada puede ir contenida en un contrato de transformación, donde las partes acuerden los pactos por los que haya de regirse su relación. Los requisitos de forma y capacidad del contrato

²⁷⁶ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 1.669.

²⁷⁷ DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, pág. 1.695 y ss. La S.T.S. de 4 de abril de 1936 consideró que los beneficios debidos al coautor por la explotación no autorizada de su aportación son verdaderos frutos, toda vez que constituyen el rendimiento que produce el derecho de autor, conforme a su destino económico y sin alteración de su substancia.

²⁷⁸ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario..." *cit.*, pág. 194.

de transformación son los mismos que los vistos en la autorización como acto de licencia simple. Lo dicho sobre los elementos accidentales del negocio para la autorización es también predicable en sede del contrato de transformación.

Del contrato de transformación nacen obligaciones y créditos entre los autores interesados. En base al principio de autonomía de la voluntad, creemos que los autores pueden dar al contrato de transformación un carácter societario.

Dentro del contenido del contrato de transformación habrá que añadir lo relativo a las modalidades de remuneración al autor de la obra originaria.

3.1.2.1.- La remuneración al autor de la obra preexistente.

Cuando la autorización aparece incorporada a un contrato, normalmente el autor de la obra originaria se beneficiará de los rendimientos que de la obra derivada se obtengan, cediendo el derecho de explotación de la obra derivada a cambio de una contraprestación económica.

La remuneración, como parte del contrato de transformación, deberá ajustarse a las reglas de la transmisión de los derechos. Especialmente a los arts. 46, 47, 51 y 52. 3 de la LPI. Los autores gozan de un amplio campo de libertad a la hora de determinar la forma de la remuneración: participación proporcional en sus distintas modalidades, un salario (escritor asalariado de argumentos para películas), a tanto alzado para las transformaciones previstas en el art. 43.2.d) LPI²⁷⁹. Pero, es posible incluso que sea el autor de la obra original quien encargue la realización de la obra derivada a otro

²⁷⁹ Precisamente, RAMS deduce del hecho de que la retribución de ciertas operaciones de transformación se haga a tanto alzado que algunos procesos de transformación de la obra no suponen que las facultades de explotación a que se refiere el artículo 17 se prediquen del acto de transformación, sino que siguen en poder del autor de la obra originaria (*"Comentario al art. 21" cit.*).

pagándole a éste por ejecutarla y explotándola directamente (así si un autor quiere ver traducida su obra puede pagar a tanto alzado a un traductor y explotarla él mismo).

No parece que la remuneración sea una condición previa a la publicación²⁸⁰; lo que ocurre es que el autor de la obra original podrá optar por la resolución del contrato por incumplimiento (art. 1.124 C.c.). La resolución del contrato bilateral por incumplimiento tiene eficacia retroactiva, es decir, tiende a cancelar desde el principio los efectos del contrato, intentando colocar a las partes contratantes en la misma situación en la que se encontrarían si aquel no se hubiera celebrado²⁸¹. Como consecuencia, quien incumple en el pago de la remuneración tendría que devolver los frutos obtenidos por la explotación de la obra derivada al autor de la obra original²⁸². Esto supondría la dura sanción de reintegrar al autor de la obra originaria no sólo la remuneración debida sino los rendimientos que de dicha explotación resulten.

En cuanto a la licitud de la obra derivada, parece que dependerá del momento en el que se haya producido el incumplimiento. Si la remuneración es exigible después de la publicación, no estamos ante una publicación ilícita²⁸³; en caso contrario, la explotación de la obra derivada podrá incluso

²⁸⁰ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario..." *cit.*, pág. 193. Añade este autor que una vez autorizada la publicación, nace un derecho de crédito en favor del autorizante (si así se pactó), pero no es una causa impeditiva de la publicación. Por ello, si no se paga al que autorizó, éste tendrá derecho al embargo.

²⁸¹ ALVAREZ VIGARAY, R.: "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento", Ed. Comares, Granada, 1986, pág. 237 y ss.

²⁸² A pesar de que cierto sector doctrinal consideraba admisible la restitución de frutos ex artículo 455 C.c. para la restitución de provechos en sede del derecho de autor, la doctrina más moderna estima que tanto por el carácter de ley especial del art. 125 como porque el concepto de frutos de los arts. 354 y ss. del C.c. está articulado siempre en base al rendimiento líquido de bienes materiales, un bien inmaterial no produce rédito alguno sino es en la forma de fruto civil de negociación, la remuneración por su cesión a terceros. Por tanto, no se debe entablar una acción por frutos (CARRASCO, *op. cit.* últimamente, pág. 1673).

²⁸³ RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. últimamente cit.*

ser delictiva. El autor o su causahabiente, aunque aún no se haya producido la infracción, podrán instar cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, a la Autoridad judicial para que decrete las medidas cautelares que según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos..." (art. 126 LPI).

3.1.2.2.- Calificación del contrato de transformación como un negocio *intuitus personae*.

Los autores, al ceder sus derechos de explotación, toman en especial consideración las cualidades singulares del cesionario y en base a las mismas contratan con uno u otro²⁸⁴. La constante interferencia entre el derecho moral y el de explotación, objeto de la cesión, obliga a pensar que no es indiferente para el autor quién sea la persona que ejercita este último²⁸⁵.

El art. 49 de la LPI parece consagrar, en su primer párrafo, la regla de la intransmisibilidad del derecho del cesionario en exclusiva sin consentimiento²⁸⁶ expreso del cedente; el art. 50 consagra la misma regla respecto a la cesión no exclusiva salvo los supuestos previstos en el párrafo tercero del artículo anterior. Pero la LPI peca de excesiva ambigüedad pues

²⁸⁴ Precisamente Julián MARIAS, reivindicando el derecho del autor a rescindir sus contratos cuando una empresa editorial cambia de manos, ha observado como "normalmente un autor confía sus libros a una editorial que considera prestigiosa y con la cual siente afinidad. Publica libros que le parecen estimables; está en "buena compañía" -la de los demás autores que publican sus libros en ella-..." (*"Peligros nuevos para el libro"*, ABC, Madrid, 21 de enero de 1993, pág. 3).

²⁸⁵ DELGADO PORRAS, *"Panorámica..." cit.*, pág. 68.

²⁸⁶ Para nosotros es preferible hablar de "autorización" o de "asentimiento" en vez de utilizar el término "consentimiento", erróneamente empleado en el artículo 49 por el legislador. En sentido propio, el consentimiento, como elemento esencial del contrato (art. 1.261 C. c.), está referido a la vinculación de los contratantes: *"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato"* (art. 1.262,1.º). En el art. 49 LPI, el autor-cedente no es parte contratante de la transmisión.

de esos mismos artículos bien pudiera hacerse una lectura contraria²⁸⁷.

La doctrina parece unánime en considerar los denominados "contratos de autor" como negocios celebrados *intuitus personae*. Así lo exige la característica de subordinación al interés del concedente del ejercicio del derecho transferido²⁸⁸. Para otros, el carácter *intuitus personae* viene imprimido, además, por un argumento sociológico²⁸⁹ pues la mayoría de los derechos de autor están teñidos de un notable carácter personal que no permite que pueda presumirse que al autor le es indiferente que el cesionario ceda, a su vez, sus derechos a otro editor, productor o empresario de menor importancia y reconocimiento.

En la LPI, las consecuencias del cambio en la persona del cesionario no son las absolutas que podrían derivar de la aplicación exhaustiva del principio *intuitus personae*. En vez de la rescisión del contrato, se arbitra de una parte la posibilidad de transmitir el derecho con el consentimiento²⁹⁰ expreso del autor o de su derechohabiente -salvo que la transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de

²⁸⁷ La imprecisión es tal que se ha llegado a decir que en ella se puede "leer" tanto que el cesionario en exclusiva puede ceder libremente sus derechos (siempre que lo haga de forma no exclusiva; o incluso, aunque lo haga en exclusiva, con el lastre, en este caso de, de una responsabilidad solidaria con el segundo cesionario) como que cualquier segunda cesión, sea del tipo que sea, exige consentimiento del autor (CAVANILLAS MUGICA, S.: "Comentario al artículo 49" en "Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual" cit., pág. 748 y ss.).

²⁸⁸ DELGADO PORRAS, *op. y loc. cit.* Por su parte, PEREZ SERRANO, al señalar como el derecho moral de modificación, no es delegable o cedible, pues siendo de tipo personal, sólo el propio interesado ha de ejercitarlo ("El derecho moral..." cit., pág. 20), en cierta medida circunscribe también la intransmisibilidad del derecho de transformación.

²⁸⁹ CAVANILLAS, *op. y loc. cit.* Este autor, al argumento sociológico, añade también otro literal: el art. 48, al emplear el término "autorización", en vez de "cesión", obliga a relacionar esta facultad con las "autorizaciones" que conceden las Entidades de Gestión, reduciendo su alcance a los supuestos de mera comunicación pública de las obras musicales o audiovisuales, o demás análogos en los que no quepa apreciar un interés *intuitu personae* en el autor.

²⁹⁰ La Ley no exige justa causa para negar el mencionado consentimiento, que, por tanto, es discrecional dentro de los límites del art. 7.º del C. c., (*ibidem*).

la empresa cesionaria (del art. 49, párrafo 3.º); de otra, "en defecto de consentimiento los cesionarios responderán solidariamente frente al primer cedente de las obligaciones de la cesión" (art. 49.2.º)²⁹¹. En cuanto a la posible eficacia de la cesión no autorizada parece que la respuesta más adecuada es optar por la ineficacia de la cesión²⁹².

Respecto a la transmisibilidad en concreto del contrato de transformación²⁹³, creemos que aunque sean aplicables las normas generales vistas sobre la transmisión de los derechos, el legislador no estaba pensado en el derecho exclusivo de transformación, razón por la cual se percibe cierto desajuste.

La relación de confianza entre autor y cesionario se muestra especialmente necesaria dentro del derecho de transformación por la íntima conexión entre el derecho moral a la integridad de la obra y el derecho patrimonial de transformación. Si la reputación del cesionario es importante cuando se trata de reproducción y distribución de la obra; cuánto más cuando se trata del derecho de transformación, mediante el cual la obra nueva modifica el arquetipo de la obra original. En cierta medida, podríamos decir que a las razones para la necesidad de confianza en el cesionario hay que añadir que el contrato de transformación encubre una especie de contrato de

²⁹¹ Téngase en cuenta que la confianza, tanto genética como funcional, que está en la base de estos negocios, no puede suplirse por una ampliación a un mayor número de sujetos responsables de la sanción (estrictamente patrimonial) correspondiente a un eventual incumplimiento de alguien con el que el autor pudo negarse a contratar en previsión, precisamente, de este probable incumplimiento (DELGADO, *op. cit.* últimamente, pág. 71). Se considera también injustificada la extensión de la responsabilidad al segundo cesionario o subcontratante de las consecuencias por las infracciones del primero, anteriores a la celebración del segundo contrato (CAVANILLAS, *op. cit.*, pág. 753).

²⁹² Cfr. CAVANILLAS, *op. cit.*, pág. 752.

²⁹³ Nos referimos en concreto al contrato de transformación o de adaptación. Cuando únicamente se transmite el derecho de "explotación" de la obra derivada, que ya había sido creada al tiempo que el autor de la obra preexistente autorizó su explotación, parece que serán aplicables las mismas pautas vistas para la transmisión de los "contratos de autor". Solamente cuando se trate de una autorización para la explotación de la obra derivada que aún no ha sido creada se plantean nuevos problemas.

obra, celebrado en consideración a la identidad y cualidades del contratista: confiar a alguien la realización de una obra que deriva de la propia se parece a quien encarga un retrato a un pintor concreto. Por ello, podría decirse que el interés *intuitu personae* es doble.

La infungibilidad del cesionario se aprecia tanto en el contrato de adaptación en exclusiva como en el de no exclusiva. Además, en el contrato de transformación o adaptación, el transformador o adaptador no tienen por qué coincidir con la persona del cesionario. Si en el contrato no se hizo especial mención sobre la persona del transformador, parece que el cesionario estará facultado para elegir al transformador²⁹⁴. Pero en el caso de que el cesionario-empresario se comprometiera a que la transformación la verificara una persona cierta, la sustitución del transformador no supondría una novación del contrato -puesto que el transformador no era el cesionario- sino un incumplimiento o cumplimiento inexacto del mismo.

Creemos que para la transmisión del contrato de transformación es preceptiva la autorización del autor o de su causahabiente. Pero se nos presentan algunas dudas con respecto a la innecesidad de consentimiento en el caso de cambio de titularidad o disolución de la empresa (art. 49, § 3.º). Esta norma es conforme con el principio de sucesión a título universal (*in universum ius*) de las sociedades que evita el procedimiento lento y dispendioso de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos integrantes del patrimonio. Pero con la transmisión del derecho de transformación, no se transmiten únicamente derechos patrimoniales sino que los derechos morales también quedan comprometidos.

Ante las dificultades que se pueden plantear, nuestra recomendación

²⁹⁴ Esto es lo que se ha denominado *intuitus firmae*, queriendo resaltar el hecho de que en numerosas ocasiones, la confianza del autor no está fundada en las condiciones personales del adquirente (o de las personas de su *staff*), sino en la de la empresa del mismo (DELGADO, *op. cit.* pág. 71).

sería, en base al principio de autonomía de la voluntad, la introducción en el contrato de transformación de una cláusula que prohíba expresamente transmitir tanto a título universal como particular. Su validez es incuestionable porque si, como se ha apuntado, el cedente puede excluir, por pacto con el cesionario en exclusiva, la facultad que la misma le reconoce de "*otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros*" (art. 48), con mayor razón ha de admitirse una prohibición de esta clase. En este caso no hay posibilidad de transmisión alguna²⁹⁵.

La consideración a la persona del cesionario-transformador es tomada en cuenta tanto si se trata de un contrato de transformación como de un acto de licencia simple. Lo que ocurre es que, mientras que el cesionario contractual podría aspirar a una novación subjetiva, quién obtuvo una mera licencia, nada podrá exigir y por tanto la cesión de la licencia no será eficaz.

3.1.2.4.- Algunos aspectos sobre las transformaciones de las obras cinematográficas y de los programas de ordenador.

A lo largo del capítulo hemos venido haciendo múltiples referencias a las obras cinematográficas que derivan de otras obras preexistentes. Básicamente, el contrato de transformación en una obra cinematográfica es similar a los demás contratos de transformación regidos por los arts. 17 y 21: la adaptación cinematográfica supone una forma más de explotación de la obra preexistente y, por tanto, requiere de la autorización de su autor²⁹⁶.

²⁹⁵ DELGADO, *op. cit.*, págs. 72-73.

²⁹⁶ En este punto, nuestro legislador se ha apartado de la técnica de su homólogo francés, optando por la solución más moderna de calificar tales obras como derivadas, puesto que se basan en obras preexistentes. Por el contrario, el último párrafo del art. 14 de la Ley francesa del 57, mantenido intacto por la reforma del 85, asimila al autor de la obra originaria a los autores de la obra nueva, considerándole pues, como coautor de la obra cinematográfica. El mismo principio de la asimilación resulta discutible. La aportación que representa la obra originaria en el seno de la obra cinematográfica es real. Es incluso considerable, ya que la segunda deriva de la primera. Pero la aportación preexiste a la nueva obra y su autor en nada contribuye a la creación de esta obra, por tanto no puede ser coautor. Esto no quiere decir en modo alguno que el autor de la obra originaria no tenga que participar en el beneficio de

El art. 89 LPI establece, sin embargo, una presunción de cesión a favor del productor audiovisual de los derechos de explotación en los mismos términos que el art. 88 prevé para los coautores. Se exceptúan de esta presunción el derecho a explotar la obra preexistente en forma de edición gráfica y de representación escénica. Para ello es preciso que expresamente lo autorice el autor de la obra transformada, al igual que sucederá con los autores de la obra audiovisual²⁹⁷. Y, en todo caso, podrá disponer de ella para otra obra audiovisual a los quince años de haber puesto su aportación a disposición del productor (art. 89. 2).

En cuanto a la facultad de transformación de los programas de ordenador, el art. 98 LPI establece también una presunción de cesión a favor del cesionario titular de los derechos de explotación²⁹⁸, concretamente de la cesión de los derechos de transformación: *"El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo"*.

Se ha señalado que en el caso, quizá más ordinario, de que el programa de ordenador esté creado en virtud de una relación laboral, el art. 98 complementará lo dispuesto en el art. 51, en el sentido de entender que la transmisión de los derechos de explotación al empresario, a falta de pacto escrito, incluye los derechos de transformación (versiones sucesivas y programas derivados) por ser ello «necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario»²⁹⁹.

la explotación de la obra cinematográfica, pero esto es ya otra cuestión (TOURNIER, A.: *"L'article 17 (3) de la loi française du 11 mars 1957"*, RIDA, núm. 44 (1965), págs. 139-141).

²⁹⁷ PEREZ DE CASTRO, N.: *"Comentario al artículo 89"* en *"Comentario a la Ley de Propiedad intelectual"* cit., pág. 1.257.

²⁹⁸ Como ha señalado DELGADO ECHEVERRÍA, el artículo 98 más que una excepción al art. 43.2 es una aclaración al mismo (*"Comentario al artículo 98"* en *"Comentarios a la LPI"* cit., pág. 1394).

²⁹⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, *op. y loc. cit.* anteriormente.

3.2.- Aspectos morales.

Tanto el autor de la obra originaria como el de la obra compuesta ostentan derechos morales sobre la obra derivada. En ocasiones, los derechos morales de ambos autores parecen enfrentados (así, cuando el autor de la obra preexistente alegue que el autor de la obra derivada ha infringido su derecho a la integridad, o el autor de la obra derivada no pueda ejercer su derecho de divulgación por no contar con la autorización del autor originario). En otros casos, cuando la infracción sea debida a un tercero, los derechos morales de uno y otro se superponen.

3.2.1.- Derechos morales del autor de la obra subyacente.

1.º) *Facultad de decidir sobre la divulgación de la obra.* Cuando la obra preexistente sea una obra inédita que vea la luz por primera vez incorporada a la obra compuesta, parece claro que estaríamos ante el ejercicio del derecho de divulgación o de retirada, en su caso³⁰⁰.

La coexistencia implica la concurrencia para la divulgación de las dos voluntades y en el caso de que el consentimiento del autor de la obra derivada se revoque, éste tendrá que indemnizar al autor de la obra compuesta o derivada. La necesaria indemnización se desprende del perjuicio que se le causa en cuanto al ejercicio de su derecho³⁰¹.

Se plantean dudas acerca de si la divulgación de la obra preexistente agota el derecho al inédito. Esto es, si una vez divulgada la obra originaria el autor de ésta puede invocar su derecho al inédito sobre su obra transformada. La autorización preceptiva para la explotación de la obra derivada, permite al autor de la obra originaria juzgar sobre la oportunidad de la divulgación de la

³⁰⁰ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario..." *cit.*, pág. 194.

³⁰¹ PEREZ DE ONTIVEROS, *op. cit.*, pág. 343.

nueva obra. A este respecto ha de recordarse que la *autorización* legítima la explotación y no la creación. Por eso, aunque el conflicto se plantea entre dos derechos semejantes³⁰², la divulgación de la obra derivada se condiciona a la autorización del autor de la obra primitiva. Si una vez prestada la autorización, el autor de la obra preexistente no quisiera que la obra derivada sea divulgada, podrá ejercitar su facultades de *arrepentimiento* si procede o podrá *revocar* la autorización³⁰³ pero en estos casos, deberá indemnizar al autor o derechohabiente de la obra derivada.

En cuanto a la autorización prestada con anterioridad a la creación de la obra derivada (mediante un contrato de transformación, p. e.), también parece otorgada dentro del ejercicio de su derecho de divulgación³⁰⁴. En consecuencia con lo anteriormente expuesto, si tras la creación de la obra derivada, el autor de la obra subyacente estima que ésta no responde a la transformación que él esperaba, únicamente podrá impedir su divulgación a través del respeto a la integridad de la obra, (si este fue transgredido), o por vía contractual.

Una vez divulgada la obra derivada, con las autorizaciones posteriores para explotar la obra en la misma forma en la que se divulgó, no se ejercita el derecho moral a la divulgación sino el derecho patrimonial exclusivo de explotación.

2.º) *Derecho a la paternidad de la obra*. El autor de la obra preexistente

³⁰² Lo cual, para la autora antes citada, supone que ambos derechos son irrenunciables e inalienables y su concurrencia sobre un mismo objeto no puede suponer el otorgamiento a uno de ellos de prevalencia sobre el otro (PEREZ DE ONTIVEROS, *op. y loc. cit.*).

³⁰³ *Vid.* § 2.2.4 de este mismo capítulo.

³⁰⁴ RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. cit.*, últimamente. PEREZ DE ONTIVEROS, estima que es necesario que el autor de la obra nueva ponga en conocimiento del autor de la anterior la terminación de dicha obra a efectos de su divulgación; aunque, normalmente, por la relación de confianza entre los autores cuando esto no ocurra no implicará una situación conflictiva (*op. cit.*, págs. 343 y 344). En nuestra opinión, mientras no se transgrada el respeto a la integridad de la obra, una obligación de este tipo sólo podría derivar de contrato.

conserva su derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor y la forma en la que debe ser consignada su identidad (con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente). Se ha señalado que el autor-componedor está obligado a mantener las condiciones en que la obra incorporada haya sido divulgada o, caso de ser inédita, las impuestas por la autorización³⁰⁵.

Desde nuestro punto de vista, el autor de la obra subyacente podría llegar, en determinadas ocasiones, a "*recuperar*" el derecho moral a la paternidad de su obra, pues ya no se trata de la explotación de una obra divulgada sino de la divulgación de una nueva obra y por tanto, podrá elegir libremente acerca del ejercicio a la paternidad de esta nueva obra. En este sentido, si el transformador, haciendo uso de su libertad de creación, se separara de la obra originaria en unos términos en que el autor de la obra misma no quisiera comprometer la paternidad de su obra, podrá hacer que no conste que la obra nueva se basa en su obra original e incluso, como ya se dijo, podrá exigir el cambio de nombre de los protagonistas y otros elementos comunes fácilmente reconocibles³⁰⁶.

Pero no se pueden dar soluciones homogéneas para todos los tipos de obras derivadas. Así, sería absurdo el ejercicio subsiguiente del derecho al anonimato o seudónimo del autor de la obra originaria cuando la obra derivada consiste en una edición crítica o una simple traducción. Pretender ejercitar en estos casos el derecho al anonimato podría incluso ser contrario a la buena fe; pero en todo caso, entendemos que habrá que estar a los términos establecidos por la autorización.

³⁰⁵ RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. cit.* últimamente.

³⁰⁶ Para el ejercicio de esta posibilidad, -*vid. supra*- al autor de la obra subyacente le facilitará mucho la tarea haber señalado en el acto de autorización la reserva de este derecho. Pero en cualquier caso creemos que se trata de una facultad moral y, por tanto, irrenunciable.

La obligación de consignar la paternidad del autor de la obra primitiva se mantiene aunque se trate de antologías y compendios y en caso de que se trate de la incorporación de fragmentos, que excedan del mero derecho de cita, no sólo debe constar el autor sino también debe ser consignada la fuente, por analogía con el art. 32 LPI.

El autor que decide ejercitar su derecho a aparecer sin firma puede revocarlo (art. 6.º 2 *in fine*), indemnizando por los daños y perjuicios que acarree a los titulares de los derechos de explotación; de manera que el autor de una obra originaria que quería mantener su autoría en secreto, también podrá darla a la luz indemnizando tanto a los titulares de los derechos de explotación de la obra originaria como a los de la obra derivada.

3.º) *Respeto a la integridad de la obra.* El derecho a la integridad parece cobrar especial relevancia en tema de obras derivadas. Ya nos hemos referido en otro lugar a la íntima conexión entre el derecho a la integridad de la obra y el derecho de transformación, a la inalienabilidad del primero frente a la transmisibilidad del segundo; cómo en la obra derivada la necesaria transformación que ha de sufrir la obra primitiva para que la obra derivada sea, a su vez, original debe estar compaginada con el respeto a la integridad de esa obra primitiva: la obra nueva no puede suponer un atentado a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor de la obra originaria.

El derecho a la integridad no es absoluto y no se ve vulnerado por la no inclusión íntegra de la obra o las obras primitivas. Así, son perfectamente lícitos los compendios, antologías etc. siempre que el transformador se atenga a los términos de la autorización y al respeto del fragmento utilizado.

4.º) *La modificación de la obra.* Este derecho está pensando en la posible

evolución intelectual del autor³⁰⁷; por ello, el derecho moral a la modificación (art. 14.5.º) no ha de ser confundido con el derecho pecuniario a la transformación (art. 21). Cuando el autor de la obra preexistente ejercite su derecho a la modificación de la obra, deberá respetar los derechos adquiridos por el autor de la obra derivada.

5.º) *Retirada de la obra del comercio.* Cuando el autor de la obra preexistente ejercite el ejercicio del derecho de retirada tendrá que indemnizar, previamente a dicha retirada, al autor o titular de los derechos sobre la obra transformada.

Para el ejercicio de este derecho, el autor de la obra preexistente deberá haber sufrido un cambio en sus convicciones intelectuales o morales con respecto a las ideas vertidas en la obra originaria. La obra original será retirada del comercio y la obra derivada, únicamente en tanto incorpore la obra preexistente, podrá ser retirada. Esto es, si el autor de la obra derivada prescinde de los elementos de la obra original podrá mantener la explotación de su obra. Si el autor de la obra original sólo se arrepiente de haber prestado la autorización para la explotación de la obra derivada, no podrá beneficiarse de la facultad de arrepentimiento, puesto que en este caso mal se justifica un verdadero cambio de sus convicciones intelectuales o morales.

Tampoco podrá si, tras conocer la obra derivada, decide que dicha obra atenta contra sus principios intelectuales o morales, caso en el que procedería el derecho al respeto de la obra preexistente y no a la retirada de la obra nueva. Esto supone que el autor de la obra original no tendrá que indemnizar al de la obra derivada sino al contrario.

³⁰⁷ ESPIN ha señalado como si la propiedad intelectual defiende la creación de una obra del espíritu humano como expresión de su personalidad, es lógico que el respeto a esa personalidad permita defender también su ulterior evolución. Tanto en el campo literario como en el artístico, la evolución de la personalidad conlleva frecuentemente el imperioso deseo de modificar la obra creada y divulgada (*"El Proyecto de Ley..." cit.*, pág. 974).

En el mismo sentido, cuando el autor o cesionario de los derechos de transformación no cumplen sus compromisos contractuales, no procede la retirada del comercio sino la resolución del contrato y el embargo.

6.º) *Acceso al ejemplar único o raro de la obra.* Parece que el autor de la obra original no tendrá acceso al original de la obra compuesta a menos que haya cedido el original de la obra compuesta para su elaboración³⁰⁸.

3.2.2.- Derechos morales del autor de la obra derivada.

El autor de la obra derivada adquiere a título originario, *por el solo hecho de su creación*, la propiedad intelectual sobre los nuevos elementos por él aportados. Por esta razón le corresponden también los derechos morales con las únicas limitaciones derivadas de la incorporación de la obra preexistente. Solamente será necesaria la autorización del autor de la obra originaria para ejercitar los derechos de divulgación y de modificación puesto que para el resto de los derechos morales está directamente legitimado como autor.

3.3.- Duración de los derechos sobre la obra derivada y sobre la obra preexistente.

Como punto de partida, hemos de señalar que la duración está referida a los dos conjuntos de derechos que convergen sobre la creación derivada. Los derechos de explotación sobre la obra originaria y los derechos sobre los elementos nuevos de la obra derivada. Ambos tienen vida independiente y caen en el dominio público en diferentes momentos, dependiendo del momento de la muerte o declaración de fallecimiento de sus respectivos autores.

³⁰⁸ RODRIGUEZ TAPIA, *op. y loc. cit.*

Curiosamente, ninguno de los artículos que la LPI dedica a la duración de los derechos se ocupa expresamente de las obras derivadas, como lo hacen de las obras en colaboración y de las colectivas (el art. 28. 3 se refiere a la publicación conjunta de varias aportaciones, *que no constituyan creación unitaria*, hecho que evidentemente no se refiere a las obras derivadas, aunque se llegue a la misma conclusión). Por eso, ha de aplicarse la regla general contenida en el artículo 26: *toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento*. Recordemos una vez más que conforme al art. 1.º-1 de la Directiva comunitaria 93/98/ CEE del Consejo de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, el período de protección se extenderá *durante la vida del autor y setenta años después de su muerte*, directiva que tampoco hace alusión alguna a las obras derivadas.

La precitada Directiva tampoco dedica ninguno de sus artículos a las obras derivadas³⁰⁹, si bien, sorprende que, conforme a la redacción de su art. 5.º, parece sustraer del plazo de protección general, un tipo de obras derivadas, como lo son las ediciones críticas de obras en el dominio público. *"Los Estados miembros -preceptúa- podrán proteger las ediciones de crítica y científicas de obras que hayan pasado a ser de dominio público. La duración de la protección de tales derechos será de treinta años a partir del momento en que, por primera vez, la edición se haya publicado lícitamente"*. Si el legislador comunitario pretendía otorgar cierta protección a las meras ediciones de obras en el dominio público, debía haber redactado este artículo en el sentido en términos análogos a los del art. 119,2 LPI, -redacción de 7

³⁰⁹ Sólo tangencialmente, el Considerando 12 hace referencia a las colecciones, *protegidas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 2 del Convenio de Berna, cuando por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales;... dichas obras están protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de dichas colecciones;... por consiguiente, podrán aplicarse plazos de protección específicos a las obras incluidas en las colecciones. De este Considerando se deduce, claramente, la duración del régimen de protección de las obras derivadas: independencia respecto a la obra u obras preexistentes que la componen.*

de julio 1992-³¹⁰.

La creación de la obra derivada no puede servir para "prolongar" el período de protección de la obra subyacente. Tampoco sería admisible que la obra derivada basada en una obra que estuviera en el dominio público substraiera de éste a la obra original. El autor de la obra nueva únicamente adquiere derechos sobre los elementos originales por él aportados. Estos derechos de explotación sobre los nuevos elementos son los que durarán toda su vida más sesenta años.

Con respecto a la caída en el dominio público de la obra derivada, dado que el plazo de protección toma como base la muerte del autor y como quiera que cualquiera de los autores puede premorir al otro, pueden presentarse dos situaciones:

1.^a) Cuando la obra preexistente extingue primero el plazo de protección. En este caso, los elementos contenidos en la obra original serán libremente utilizables y a partir de entonces pueden ser incorporados a otras obras derivadas. Los elementos originales de la obra derivada, aún en período de protección, siguen perteneciendo al autor de la obra derivada o a sus derechohabientes y por tanto han de ser respetados por los terceros. Así, si una novela cae en dominio público pero su traducción todavía está protegida, se podrán realizar libremente nuevas traducciones, pero no se podrá utilizar libremente la traducción por estar aún protegida.

2.^a) Cuando la obra derivada pase antes al dominio público, en cuyo caso los elementos nuevos que incorpore la misma podrán ser libremente utilizados siempre que no incorporen elementos de la obra subyacente. Esto

³¹⁰ Dicho artículo dispone que "los editores de obras no protegidas por las disposiciones del Libro I de la presente Ley, gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales".

es, si cae en dominio público una ópera derivada de un drama, la parte musical podrá ser libremente utilizada por haber caído en el dominio público pero no el libreto que incorpora elementos del drama cuyos derechos de explotación económica aún perviven; por el contrario, si la obra preexistente fuera una novela y la derivada una obra teatral, aunque la obra derivada cayera en el dominio público no sería libremente utilizable, en tanto que el drama incorpora elementos de la obra preexistente que todavía no han caído en el dominio público, como puede ser el argumento de la novela.

Por último, se pueden presentar algunos casos en los que hayan de intervenir las normas de Derecho Internacional, cuando la caída en el dominio público de la obra originaria se produzca en distinto momento según las legislaciones de los distintos países³¹¹.

El artículo 10, 4 Cc es una norma de conflicto unilateral, que sólo fija o determina el ámbito de aplicación en el espacio del propio Derecho material, en nuestro caso, de la Ley española³¹². En caso de conflicto, por encima del mínimo establecido por los convenios, siempre es el plazo de protección más corto entre los dos en pugna -el del país donde se solicita la protección y el del origen de la obra- el que prevalece³¹³. Esto es, la obra derivada de otra que en cierto territorio esté en el dominio público, será libremente utilizable en

³¹¹ Estos desajustes, gracias a la mencionada Directiva comunitaria 93/98/ CEE, sólo se podrán producir en relación con terceros países no comunitarios. Sobre el tema, véase PEREZ DE CASTRO, N.: "La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y determinados derechos afines", en "La armonización comunitaria de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, págs. 85 y ss.

³¹² GONZALEZ CAMPOS, J. D. & GUZMAN ZAPATER, M.: "Comentarios a los artículos 145, 146, 147 y 148" en "Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual" cit., págs. 1.852-1.853.

³¹³ REMIRO BROTONS, A.: "Comentario al artículo 10", en "Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales" cit., tomo I, pág. 273. Añade como los acuerdos bilaterales pueden ser una herramienta muy útil en manos de aquellos Estados que propugnan una política de ampliación del período de protección.

aquél³¹⁴.

En cuanto a los derechos de índole moral, el Convenio de Berna, reconociendo expresamente el derecho a la reivindicación de la paternidad y a la integridad, les otorga un mínimo de protección que se extiende, al menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales (art. 6.º bis. 1 y 2)³¹⁵. En

³¹⁴ El art. 7.º de la Directiva últimamente citada, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados afines, preceptúa que "1. Para las obras cuyo país de origen, con arreglo al Convenio de Berna, sea un tercer país, y cuyo autor no sea nacional comunitario, el plazo de protección concedido en los Estados miembros expirará, a más tardar, en la fecha de expiración de la protección concedida en el país de origen de la obra, sin que pueda exceder del período previsto en el artículo 1.

2. Los plazos de protección previstos en el artículo 3 serán igualmente aplicables a los titulares que no sean nacionales comunitarios, siempre que los Estados miembros les concedan protección. No obstante, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de los Estados miembros, el plazo de protección concedido por los Estados miembros expirará, a más tardar, en la fecha de expiración prevista en el país del que el titular sea nacional y no podrá exceder del plazo establecido en el artículo 3.

3. Los Estados miembros que concedan, en particular en aplicación de sus obligaciones internacionales, en el momento de adoptarse la presente Directiva, un plazo de protección más largo del que resultaría de las disposiciones de los apartados 1 y 2, podrán mantener dicha protección hasta la celebración de convenios internacionales sobre el plazo de protección del derecho de autor y derechos afines".

³¹⁵ Esta diacronía en la duración de la protección de los derechos ha sido puesta de relieve por ROGER-FERDINAND ("L'affaire «Carmen Jones»", RIDA, n.º VIII, (1958), págs. 3-21). Algo parecido ocurrió con la ópera de Bizet, *Carmen*. Dicha obra a partir de 1925 cayó en el dominio público en los Estados Unidos, Gran Bretaña y los territorios de la Commonwealth (excepto Canadá), mientras que en todos los demás países donde la protección se fija en 50 años *post mortem auctoris* cayó en 1958 (o incluso más tarde en aquellos países donde fueron aprobadas las llamadas "prorrogas de guerra"). Cuando la ópera ya estaba en el dominio público americano, fue creada en este país una versión cinematográfica, *Carmen Jones*. En la nueva obra, el torero, es un boxeador, las arenas, un ring y Carmen, en vez de cigarrera, es una empleada de una fábrica de paracaídas, además de otros cambios en los movimientos líricos. En el plano patrimonial, la obra se encuentra libre de ser utilizada en los países de lengua inglesa, mientras que para explotar en los demás países, tanto la ópera como la obra cinematográfica, era imprescindible la autorización del titular de los derechos sobre la obra originaria. Hasta aquí todo parece evidente. Sin embargo, este autor pretende encontrar la respuesta en la existencia de un atentado al derecho moral. En base a la perpetuidad del derecho moral, los herederos de Bizet y de los libretistas podrían oponerse a la proyección pública de *Carmen Jones* no sólo en Francia, sino en otros países siempre que su Ley y su jurisprudencia reconozcan este derecho moral. No creemos suficiente que una excesiva libertad a la hora de la transformación redunde siempre en un atentado a la integridad de la obra preexistente, mientras que dicha libertad no desvirtúe la obra de manera que suponga un perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor.

relación a la duración de las facultades morales³¹⁶ a la paternidad e integridad de la obra, nuestra legislación, siguiendo la línea de los ordenamientos de nuestro entorno³¹⁷, dispone que son perpetuas (art. 41. 2: "las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, *siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, en los términos previstos en los números tercero y cuarto del artículo 14*"). La justificación del mantenimiento de estas facultades como perpetuas descansa en la idea de que una transformación o mutilación de la obra supone la rotura de la unidad espiritual engendrada por el autor, en tanto que la negación de la paternidad representa una apropiación ilícita censurable por el Ordenamiento jurídico³¹⁸. Pero además, también descansa en el interés general de la sociedad y en la tan difundida idea del acceso a la cultura de todos los ciudadanos que exigen la autenticidad de las creaciones³¹⁹.

De acuerdo con los arts. 15 y 16 de la LPI, a la muerte del autor, los legitimados para defender la protección de sus obras serán: 1.º) El albacea *ad hoc*, que podrá ser una persona física o jurídica (art. 15.1); 2.º) En su defecto, los herederos (art. 15.1); 3.º) A falta de albacea literario o artístico y

³¹⁶ Queremos puntualizar como parte de la doctrina considera que el derecho moral, por su propia naturaleza personal, se extingue con el fallecimiento del autor. Aunque se atribuyan *ex lege* las facultades de respeto a la paternidad y a la integridad de la obra a sus sucesores, más que un derecho se trata de un deber, con vistas al interés general de que se conserve la identidad del patrimonio cultural (BAYLOS, "Disquisiciones..." *cit.*, págs. 67 y 68; DELGADO PORRAS, "Panorámica..." *cit.*, págs. 28 y 29).

Tras esta salvedad nosotros, por razones de comodidad, seguiremos hablando impropiaemente de *derechos morales post mortem auctoris*.

³¹⁷ En las legislaciones de la órbita anglosajona el respeto a la paternidad e integridad de la obra se protegen a través de varias doctrinas de derecho común tales como difamación, falta de representación, competencia desleal o por vía contractual (MILLER & DAVIS, *op. cit.*, pág. 421). Algo parecido ocurre en la legislación alemana dónde la usurpación de la paternidad de una obra caída en el dominio público puede ser demandada por otros autores y organizaciones profesionales de autores como falta civil competencia desleal o incluso fraude (MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, G.: "Protection of the Author's Moral Interests after his Death as a Cultural Postulate", Copyright, February, 1979, pág. 39).

³¹⁸ VEGA VEGA, "Derecho de autor" *cit.*, págs. 116-117

³¹⁹ PEREZ DE CASTRO, N.: "Comentario al artículo 41" en "Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual" *cit.*, pág. 636.

de herederos, corresponde al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y a las instituciones públicas de carácter cultural (art. 16). En la gran mayoría de los casos, la defensa quedará en manos de los herederos cuyos intereses patrimoniales, especialmente en el caso de que medien contratos de transformación, pueden estar encontrados con el ejercicio de las facultades morales del autor³²⁰.

Acerca de si cualquier transformación poco fiel atenta contra la integridad de la obra preexistente, hemos de contestar en sentido negativo. El derecho moral a la integridad de la obra no es absoluto. Únicamente se podrá invocar la facultad de respeto ante aquellas transformaciones que supongan un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, es decir, aquellas que supongan una *deformación* de la obra preexistente³²¹.

³²⁰ En este sentido se ha señalado que cuando desaparece la primera generación, y se aflojan con ello los vínculos afectivos, y se extingue el fervor, y se multiplican los interesados, acaso en desavenencia, la solución resulta inoperante (PEREZ SERRANO, "El derecho moral..." *cit.*, págs. 24-25). Conscientes de esta desvinculación, ALBALADEJO y BERCOVITZ han señalado que los herederos de los herederos legitimados, que pueden ser calificados genéricamente de herederos (de segundo o ulterior grado) del autor, no quedan comprendidos en la legitimación del art. 15 ("Comentarios a los artículos. 15 y 16" en "Comentarios a la LPI", *cit.*, pág. 307).

³²¹ La OMPI define la deformación como toda distorsión del verdadero significado o forma de expresión de una obra (OMPI, "Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos", Ginebra, 1980, pág. 160). Esto es, seguirán siendo lícitas aquellas transformaciones de obras en dominio público que el autor o sus herederos hubieran podido autorizar -durante el período de protección de los derechos de explotación- sin comprometer con ello sus derechos morales (inalienables e irrenunciables). En palabras de MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, cualquiera puede usar libremente una obra caída en el dominio público, siempre que se sujete a una doble condición (a) que no altere el propósito específico de la obra y (b) que no sea contraria a las concepciones generales de moralidad pública y práctica leal (*op. y loc. cit.* últimamente).

Capítulo IV:
Algunos supuestos
especiales de cotitularidad sobre
la creación intelectual

1.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

Hasta ahora hemos venido haciendo referencia a los supuestos de *cotitularidad intelectual* representados por los distintos tipos de obras complejas. En este capítulo vamos a analizar algunas situaciones en las que el derecho del autor sobre la obra concurre con los derechos que otros titulares no autores ostentan sobre esa misma creación.

No nos ocuparemos, en cambio, de la aplicación cumulativa de otros posibles regímenes de protección, como el otorgado por la legislación de propiedad industrial. En estos casos, no hay concurrencia de titulares sino concurso de normas; y además, conforme al art. 3.º-2.º LPI, *los derechos de autor son independientes y compatibles con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra*. Tampoco abordaremos la problemática de los derechos conexos o vecinos puesto que los precitados derechos no recaen sobre el arquetipo de la obra del ingenio sino sobre una manifestación concreta de la misma.

Partiendo de que las facultades morales que componen el derecho de autor son inalienables, las titularidades de los sujetos no autores nunca podrán ser cualitativamente iguales a las de los autores. Aunque se haya transmitido la propiedad plena, al autor queda siempre con un cierto señorío (a modo de señorío eminente) sobre la obra en cuanto a prolongación de su propia persona¹.

Nos encontramos pues ante supuestos en los que varias titularidades concurren sobre una misma cosa o complejo de cosas. En sentido estricto, no cabe hablar de cotitularidad, sino de titularidades compartidas o divididas, o, de concurrencia de pretensiones jurídicas distintas sobre un mismo objeto

¹ PEÑA, "Comentario a los artículos 428 y 429" cit., pág. 719.

jurídico². Y esta mera concurrencia de titularidades nunca podrá dar lugar a una verdadera comunidad, pues los titulares no tienen en común sus títulos, sino que los tienen de forma conjunta; es decir, unidos, pero no se puede decir que tengan sus títulos en común, porque son distintos³.

Sólo en sentido vulgar podrá decirse que el objeto es común, pero no en sentido jurídico, ya que un objeto vale jurídicamente por las utilidades que proporciona a su titular. Si existe una delimitación de derechos que sólo concurren sobre un mismo objeto, es porque existe al propio tiempo una delimitación de este mismo objeto, en partes distintas y diferenciadas, lo cual es incompatible con el objeto propio de comunidad⁴. Estamos pues ante la acepción en sentido amplio de comunidad o cotitularidad.

Cierto sector doctrinal alinea junto a la comunidad *pro indiviso*, en la cual las titularidades compartidas son cualitativamente iguales, a la comunidad *pro diviso*, en la cual las titularidades que recaen sobre la cosa son de naturaleza distinta⁵.

La disociación de titularidades es una constante en materia de transmisión de derechos sobre la creación intelectual. La independencia de los derechos de explotación consagrada en el art. 23 de la LPI, la temporalidad de las cesiones, la interpretación restrictiva de las cesiones y la intransmisibilidad con los derechos de explotación de las modalidades de

² GARCIA GRANERO, J.: "Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común", RCDI, 1946, págs. 146 y 147.

³ CUADRADO IGLESIAS, M.: "Aprovechamiento en común de pastos y leñas", Ed. Servicio de Publicaciones Agrarias. Ministerio de Agricultura, Madrid, 1980, pág. 321.

⁴ BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: "La comunidad de bienes en el Derecho español", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 26.

⁵ En este sentido, ALBALADEJO GARCIA, M.: "Derecho Civil", tomo III, vol. 1.º, cit. págs. 389 y ss.; GONZALEZ MARTINEZ, J.: "La copropiedad pro diviso", RCDI, 1941, págs. 71 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho Civil", tomo III, vol. 2.º, 3.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 51 y ss.; GARCIA AMIGO, M.: "Condominio prodiviso o propiedad separada", RDP, 1974, págs. 175 y ss.

explotación o de los medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión, junto con la inalienabilidad de las facultades morales de los derechos de autor, hacen que el autor ceda únicamente aprovechamientos parciales del conjunto de su derecho, cuyo núcleo central siempre conserva⁶.

En este sentido, podríamos hablar de la existencia de una situación de "comunidad separada" o "comunidad *pro diviso*", expresión que aunque cómoda y generalizada se presta a serias objeciones⁷. Quizá sea por esta razón por lo que los autores no definen este tipo de comunidad, sino que se limitan a describir las distintas formas en las que se puede presentar.

Se ha señalado que así como existen casos de propiedad dividida, por la atribución a diversas personas de facultades iguales, pero a cada una en un cierto aspecto o utilidad de la cosa (por ejemplo, uno tiene el aprovechamiento de los cultivos y otro del arbolado), existe también la división del dominio por atribución a distintas personas de facultades diferentes (que entre todas recomponen el dominio) sobre la totalidad de la cosa. Aquella sería una división por razón de las utilidades del objeto sobre que recaen las facultades; ésta por razón de las propias facultades⁸.

⁶ Aunque esta disociación de titularidades es constante a todo tipo de cesión de los derechos de explotación, en este capítulo nos circunscribiremos a las situaciones en que la cesión tiene lugar por medio de un contrato de encargo de obra o de trabajo. Las relaciones entre el autor asalariado y el empresario o comitente son más estrechas pues surgen antes de que la obra nazca. Pero téngase presente que lo dicho es aplicable a todas aquellas cesiones de los derechos de explotación en que el autor haya cedido únicamente aprovechamientos concretos.

⁷ CASTAN TOBEÑAS, J.: "*Derecho civil español común y foral*", tomo II, vol. 1.º, 14.ª edición, revisada y puesta al día por G. GARCIA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992, pág. 434, dónde remite a BARASSI, quién la juzga inapropiada y contradictoria ("*Proprietà e comproprietà*", Ed. Giuffrè, Milano, 1951, pág. 103 y ss.).

⁸ ALBALADEJO, "*Derecho civil*" cit., tomo III, vol. 2.º, pág. 169. Estas consideraciones las encuadra antes de abordar el estudio de la enfiteusis. A pesar de la dualidad de dominios existente en la enfiteusis, la doctrina está muy dividida a cerca de su naturaleza. En este tema, y sólo a modo de síntesis, siguiendo a CUADRADO (*op. cit.*, pág. 310 y ss.), podemos distinguir fundamentalmente tres posturas: a) estimar que tanto el concedente como el enfiteuta son dueños; b) considerar como verdadero dueño al concedente y estimar que el enfiteuta ostenta un derecho real en cosa ajena (la del concedente); y c) finalmente, concebir al enfiteuta como verdadero dueño y al concedente como titular de un derecho real sobre

Pues bien, dentro del supuesto de división del dominio por las distintas facultades jurídicas, y con respecto a lo que a nosotros más nos interesa, se encuentran la figura de la enfiteusis. Somos de la opinión de que quizá, esta vieja institución podría ofrecer algunas respuestas para ciertas situaciones en las que pueden encontrarse algunos tipos de creaciones intelectuales⁹.

La tesis propuesta es de indudable atractivo pues, el enriquecimiento sería doble, ya que, de una parte, cubriríamos posibles oquedades de la LPI, y de otra, se dotaría a la figura, ya casi histórica¹⁰, de la enfiteusis, de una nueva visión actual y práctica. Una de las consecuencias más importantes es

cosa ajena (la del enfiteuta). La tesis prevalente hoy en la doctrina es aquella que considera al enfiteuta como el verdadero y auténtico dueño (*vid.* especialmente, DIEZ-PICAZO y GULLON, "*Sistema de Derecho civil*", vol. III, 5.ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 479 y 480); sin embargo, nosotros preferimos la postura favorable al dominio dividido, defendida por ALBALADEJO, (*op. y loc. cit.*) y LACRUZ, ("*Elementos...*" *cit.*, tomo III, vol. 2.º, pág. 127). Ahora bien, sea cual sea la solución adecuada, (cuya problemática corresponde más al estudio de los derechos reales que al de la propiedad intelectual), creemos que el supuesto de la enfiteusis sobre fincas ofrece suficientes similitudes con determinados supuestos de adquisición del *corpus mechanicum* por terceros como para que merezca la pena estudiar el paralelismo existente entre dichas figuras.

⁹ No nos estamos refiriendo ahora al regreso a la vieja enfiteusis para aclarar cuestiones abstractas planteadas por la propiedad intelectual, en el sentido que manifestaba RETCH, al desarrollar el concepto de la *propiedad-creación*. Aunque esta construcción teórica nos parece muy interesante y descriptiva, no nos reporta utilidad práctica; pero nos allana el camino a la hora de buscar otras posibles analogías entre la enfiteusis y algunas situaciones que se presentan en la propiedad intelectual.

Esta tesis mantiene que la propiedad del autor nace en el momento de la creación de la obra. Esta propiedad nace plena y entera, permaneciendo así mientras se mantiene inédita. Pero cuando se procede la publicación, aparece entonces lo que este autor llama la *estratificación* de su derecho. El autor al divulgar hace un "don" de algo que era suyo y su propiedad ya no es tan plena como antes. La colectividad adquiere el dominio *éminent* - directo- reservándose el autor el dominio útil. El dominio directo del Estado apenas es apreciable durante la vida del autor. La muerte del autor inaugura la fase de "separación". La obra queda separada de la inspiración de su maestro y queda definitivamente fijada. Los herederos conservan aún prerrogativas patrimoniales durante cierto tiempo, transcurrido el cual, aquella estratificación de la propiedad dividida que se inició con la publicación de la obra, termina en una fusión total. La obra cae en el dominio público unitario ("*Le droit d'auteur...*" *cit.*, págs. 234- 240; en la doctrina patria, véase GITRAMA GONZALEZ, M.: "*El Derecho y el Libro*", Ed. Instituto Nacional del Libro Español (I.N.L.E.), Valencia, 1972, págs. 11 y ss.).

¹⁰ En este sentido, señala LACRUZ como el censo enfitéutico se halla en trance de desaparecer en casi todas las legislaciones españolas, y en el resto del mundo constituye un objeto de arqueología ("*Los conceptos clásicos de propiedad y contrato ante la legislación de arrendamientos urbanos*", Ed. Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1958, pág. 262).

la que nos conduciría a la aplicación de los derechos de tanteo y retracto para el caso de la venta de la "cosa" enfitéutica (arts. 1.638 y ss. del C.c.).

Nos referimos, en concreto, a las relaciones que se presentan entre el artista y el propietario de la obra de arte o entre el escritor-remitente y el destinatario o poseedor de unos epistolarios mientras el ejemplar único permanezca en poder de dicho destinatario. El artista y el escritor serían los dueños directos y el propietario de la obra de arte o de las cartas serían los dueños útiles.

En principio, puede resultar irrisoria la sola idea de proponer una equiparación entre dos institutos tan dispares como son la enfiteusis y los derechos reales que concurren sobre la obra de arte enajenada por el artista. Las diferencias son patentes, razón por la cual las pospondremos al momento del desarrollo del problema. Baste ahora adelantar que el comprador de la obra de arte no adquiere sobre ella la propiedad plena del mismo modo que el adquirente del ejemplar de un libro: de una parte, ha de respetar los derechos morales del autor, especialmente, no podrá destruirla ni modificarla (art. 14. 4.º y 5.º LPI) y ha de permitir el acceso al ejemplar único o raro de la obra a fin de que el autor pueda ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda (art. 14.7.º LPI); de otra, el adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra de arte no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última (art. 56.1 LPI)¹¹.

Pero lo que constituye, sin duda, una de las analogías más llamativas entre la enfiteusis y la propiedad de las obras de arte es la que nos proporciona el llamado *droit de suite*, (en virtud del cual, el autor de una obra

¹¹ Inversamente proporcionales son los derechos que el artista conserva sobre su obra al enajenar la misma: de una parte, conserva derechos de índole estrictamente moral; de otra, conserva los derechos de explotación de la obra enajenada, pues con la venta de la obra enajena, únicamente, la propiedad del soporte físico al que la obra se incorpora.

de arte puede, en determinados casos, reclamar una parte de los ingresos obtenidos en cada nueva venta pública de la misma, contemplado en el art. 24 LPI), con el *derecho de laudemio* del dueño directo para el caso de enajenaciones a título oneroso de fincas enfitéuticas (art. 1.644 C.c.). Sin embargo, el pago del laudemio sólo se pagará si así se pactó y sólo se devenga una sola vez; contrariamente, el *droit de suite* es un derecho concedido *ex lege* y puede devengarse reiteradamente.

Entre las situaciones de cotitularidad no puede faltar la resultante de la transmisión *mortis causa* del autor entre sus herederos y legatarios, y, en su caso, el albacea literario o artístico, titular de los derechos morales; o, mejor dicho, "legitimado" para ejercitarlos. De la partición de la creación intelectual puede resultar que los coherederos se encuentren tanto ante una comunidad *pro indiviso* como una comunidad separada por aprovechamientos. Así, si en vez de partir por cuotas se atribuyen distintos derechos o modalidades de explotación a cada heredero o legatario.

Finalmente, otra situación en la cual los derechos de autor podrían encontrarse en régimen de comunidad *sui generis* (pues, en todo caso, conservaría las facultades morales) es aquella en la cual el autor está casado bajo el régimen de comunidad conyugal. Sin embargo, para que en este caso exista comunidad sería preciso que la creación intelectual pudiera ser calificada de bien común, cuestión que, precisamente, será sometida a tela de juicio.

2.- LA AUTORIA Y LA COMUNIDAD CONYUGAL.

La cuestión ahora debatida consiste en si el derecho de autor debe ser atribuido como privativo al cónyuge creador o si es comunicable a la sociedad de gananciales. La especial naturaleza de la propiedad intelectual, la doble vertiente de facultades morales y patrimoniales, los diversos tipos de creaciones intelectuales con la consiguiente disparidad de posibilidades de explotación de unas y otras, y la distinción entre los derechos sobre la propia creación y los beneficios que dicha obra genere, hacen necesario un análisis en profundidad¹² antes de calificar estos bienes como gananciales o como privativos.

Las reglas de los regímenes matrimoniales únicamente podrán aplicarse en tanto en cuanto no vayan en contra de la institución que se contempla¹³. Por ello, se ha señalado cómo las dificultades a la hora de la aplicación de los regímenes matrimoniales vienen impuestas por la naturaleza eminentemente patrimonial de éstos frente al carácter mixto de los derechos de autor¹⁴.

En la actualidad, prácticamente nadie pone en tela de juicio el carácter

¹² Para un exhaustivo tratamiento del problema Cfr. ROGEL VIDE, C.: *"Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual"*, en *"Centenario del Código civil"*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1.819 -1.872 y RAMS ALBESA, J.: *"La sociedad de gananciales"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 71 y ss. y del mismo autor: *"Bienes privativos personalísimos. (Análisis del art. 1.346, 5.º y 6.º del Código civil)"*, Ed. Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987, pág. 55-87.

¹³ En este sentido, BATLLE VAZQUEZ, M.: *"El derecho de autor y la sociedad de gananciales"*, en *"Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976, pág. 139. Siguiendo esta postura, señala GAUTIER la inadecuación al derecho común. El riesgo de extender demasiado lejos la analogía con los derechos reales está en hacer caer en el mismo saco la obra/cosa y sus correspondientes derechos a semejanza de los bienes muebles ordinarios (*"Propriété littéraire et artistique"*, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1991, pág. 242).

¹⁴ CRIONNET, M.: *"Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit française"*, Ed. Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, pág. 255.

personalísimo de las facultades morales del derecho de autor. La exclusión de los derechos extrapatrimoniales deriva de su propia naturaleza, puesto que sería absurdo que unos derechos inalienables entraran a formar parte de una comunidad de bienes.

El tema de la ganancialidad o privatividad de las obras es de gran tradición en la doctrina y jurisprudencia francesas¹⁵, en donde se plantearon pleitos enconados. Finalmente, el legislador del país vecino se pronunció al respecto en el art. 25 de la Ley de 11 de marzo de 1957¹⁶ (respetado por la reforma de 1985) en el sentido de calificar como derecho privativo al monopolio de explotación, cualquiera que sea el régimen matrimonial aplicable; mientras que los productos pecuniarios, adquiridos constante matrimonio, estarán sometidos a las reglas aplicables para los bienes muebles. Para bien o para mal, nuestra LPI no cuenta con un artículo en este sentido que zanje la cuestión acerca de a quién corresponde el monopolio de explotación.

La disyuntiva se plantea entre considerar que la creación es un bien ganancial obtenido por el trabajo o industria de uno de los cónyuges (art.

¹⁵ Frente a la actividad del país vecino, en España la doctrina ha sido extraordinariamente parca, animándose un poco a partir de la reforma del régimen económico matrimonial de 1981 (ROGEL "Bienes gananciales...", págs. 1.822 y ss., donde puede verse un estudio minucioso de la doctrina francesa). En cuanto a la falta de pronunciamientos jurisprudenciales, se ha señalado como probablemente se debe a no haber habido entre nosotros tradición divorcista (RAMS ALBESA "La sociedad...", pág. 81). Como causa menor y constante de la parquedad de la jurisprudencia, podríamos añadir el consabido carácter poco litigioso de los autores patrios, que sí disolvían sus sociedades conyugales pero por causa de muerte.

¹⁶ Dicho artículo dispone que: "*Bajo todos los regímenes matrimoniales y so pena de nulidad absoluta de todas las cláusulas contenidas en el contrato de matrimonio, el derecho de divulgar, de fijar las condiciones de explotación y de defender su integridad, quedan propios del cónyuge autor o de aquel de los esposos al que tales derechos le hayan sido transmitidos. Este derecho no puede ser aportado en dote, ni adquirido por la comunidad o por una sociedad de ganancias. Los productos pecuniarios procedentes de la explotación de una obra del espíritu o de la cesión total o parcial del derechos de explotación están sometidos a las reglas aplicables a los muebles, siguiendo el régimen matrimonial adoptado únicamente cuando éstos han sido adquiridos durante el matrimonio...*". DESBOIS ha señalado como incluir los derechos patrimoniales en la masa común sería arbitrario, pues entonces el art. 25 no tendría razón de ser: el art. 6 y el art. 19, § 1º, serían suficientes para excluir el derecho moral de la masa común ("*Le droit d'auteur*", cit., pág. 279).

1.347.1.º C.c.) o estimar que se trata de un bien privativo del autor por constituir un bien o un derecho inherente a la persona y no transmisible (art. 1.346. 5.º C.c.)¹⁷.

En esta materia es casi imposible armonizar los dos extremos, entre hacer común el resultado del trabajo de cualquiera de los cónyuges y mantener la independencia de titularidad y gestión que se predica respecto a la propiedad intelectual. De una parte, la gestión conjunta entorpece e incluso puede llegar a imposibilitar la adecuada gestión de la obra; de otra, la atribución privativa al cónyuge autor presupone un empobrecimiento para el otro cónyuge no suficientemente justificado por el derecho positivo tradicional de la sociedad de gananciales; la obra literaria o artística no dejan de ser producto del trabajo de uno de los cónyuges¹⁸.

Pues bien, la doctrina más autorizada atribuye a la propiedad intelectual carácter privativo. Por el carácter personalísimo y preponderante de las facultades morales que, junto con las patrimoniales y unidas a ellas, lo integran, el derecho de propiedad intelectual es un derecho patrimonial inherente a la persona y, por ello, perfectamente encuadrable en el artículo 1.346, 5.º¹⁹

No serán privativos, en cambio, los rendimientos económicos que el ejercicio de los derechos de explotación genere. La ganancialidad de los productos del monopolio de explotación no tiene por base el art. 1.347, 1.º C.c., sino el art. 1.347, 2.º, pues estos rendimientos no provienen del trabajo

¹⁷ En este sentido se manifiesta el Preámbulo de la LPI al señalar que el derecho moral "está integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor de carácter irrenunciable e inalienable, que constituyen la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra".

¹⁸ RAMS, *"La sociedad..." cit.*, pág. 80-81.

¹⁹ ROGEL, *"Bienes gananciales..." cit.*, pág. 1848. En este mismo sentido, GARRIDO DE PALMA, V., MARTINEZ FERNANDEZ, T. y otros: *"La disolución de la sociedad conyugal"*, Ed. Reus, Madrid, 1985, pág. 70 y ss.

o de la industria del cónyuge autor, sino de las rentas de capital²⁰. Esta distinción no es meramente doctrinal, sino que de ella depende el momento de ingreso de los salarios o frutos en el consorcio, la administración privativa del cónyuge titular...²¹ También será considerado ganancial el derecho a participar en las plusvalías de la obra propia enajenada (art. 24. 1 LPI)²².

Para la ganancialidad de los rendimientos resulta indiferente que la obra haya sido creada durante la vigencia del matrimonio o que sea anterior pues, en cualquier caso, se trata de rentas de bienes privativos.

En cuanto a los beneficios resultantes de la enajenación de las obras de arte plástico, siguiendo a ROGEL consideramos que son privativos, puesto que la remuneración a tanto alzado no son frutos, ni productos, ni rentas de capital; son simple y llanamente capital, de modo que el artículo aplicable es el 1.346, 3.º del C.c., conforme al cual "*son privativos de cada uno de los cónyuges: 3.º los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos*"²³.

²⁰ Observa ROGEL como el art. 53.2 de la LPI no constituye un inconveniente insalvable para el mantenimiento de esta tesis, cuando dice que los frutos o productos de los derechos de explotación se considerarán como salarios. El 53.2.º citado no dice que los frutos o productos son salarios, sino, simplemente, que serán considerados como si -*ac si, als ob-* lo fueran, lo cual equivale a decir que, propiamente, no lo son. Por otra parte, la disposición referida -continúa- establece la equiparación a los solos efectos del embargo y no para todos los demás supuestos, en los que la disparidad subsiste (*op. cit.*, pág. 1.859).

El sueldo obtenido por el autor asalariado como retribución de su trabajo sí ingresará, en cambio, en la masa ganancial, en base al apartado 1.º del art. 1347 C.c.

²¹ ROGEL, *op. cit.* últimamente, pág. 1.856 y ss.

²² RAMS, *op. cit.*, pág. 92.

²³ *Ibidem*, el cual, en este punto sigue a CRIONNET, *op. cit.*, pág. 251. Se zanja así la polémica planteada en Francia según la cual, la obra no entraba en el patrimonio del autor hasta la divulgación, momento en el que dejaba de ser un bien privativo para ser ganancial (véase la crítica que hace RETCH al criterio de la patrimonialización ("*Le droit d'auteur...*" *cit.*, pág. 223 y ss.) o hasta el momento de la terminación de la obra (THIEBAULD, E.: "*les oeuvres d'art et la communauté conjugale*", RIDA, núm. VII (1955) pág. 129).

En cambio, no estamos de acuerdo con este autor en extender la privatividad a la remuneración a tanto alzado estipulada y percibida a cambio de la cesión, onerosa y exclusiva de los derechos de explotación de la obra del espíritu. En el sistema de la LPI, los actos de cesión *inter vivos* se contemplan, siempre en el marco de los contratos de explotación de la obra que no comportan esa transmisión definitiva de los derechos. A diferencia de lo que ocurría en la legislación derogada, toda transmisión debe determinar "el

Los rendimientos económicos de la propiedad intelectual quedan sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1.318 y 1.381 C.c.), pudiendo llegar a limitar o restringir los derechos patrimoniales del autor e incluso los morales (o puede, cuando menos, modalizar el ejercicio de éstos²⁴).

En estos casos, el derecho omnímodo del autor a divulgar o reeditar su obra se ve sometido, al menos, a la obligación de justificar su proceder y cuando dicha negativa ponga en peligro la supervivencia familiar, pues se podrá recurrir a la intervención judicial (1.318, II).

Al igual que ocurría en los supuestos de obras en colaboración, el ejercicio de los derechos morales de autor ha de ponerse en relación con la *doctrina del abuso del derecho*. Aunque el autor no ponga en peligro el haber familiar no podrá ejercitar dichos derechos abusivamente con ánimo de perjudicar al cónyuge no autor²⁵.

En cuanto a la previa indemnización por daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación no puede ser a cuenta de la sociedad

tiempo" de la cesión (art. 43) y que la falta de dicho extremo "limita la transmisión a cinco años" (art. 43.2). La transmisión de los derechos de explotación *inter vivos*, sea o no exclusiva, se concibe como temporal y enmarcada, siempre en el ámbito de los contratos mediante los que se hace posible la explotación de la obra (GETE-ALONSO, "Comentario al artículo 43" cit., pág. 666 y 667). Esta temporalidad de la cesión en exclusiva nos sitúa dentro de los actos de administración y no de disposición. En cuanto a la *remuneración a tanto alzado*, el apartado d) del art. 46.2 ha de ser excluido también del supuesto de enajenación de la obra puesto que queda circunscrito al caso de la "primera o única edición". Y, especialmente, porque, con independencia de la posibilidad de reutilización por parte del cesionario, parece que este tipo de obras accesorias podrá ser explotado separadamente por los autores. A falta de pacto, conforme a los arts. 7.º y 52.1, los autores podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común. Además, el autor conserva el derecho de colección con templado en el art. 22 LPI.

²⁴ ROGEL, *op. cit.* últimamente, pág. 1.868.

²⁵ La Corte de Casación en el *affaire Lecocq* reconoce el derecho del autor a introducir posteriores modificaciones en su creación o incluso a suprimirla con tal que no se haga con el objetivo de vejar a su cónyuge o a los representantes de este último (25 juin 1902, D. 1903.1.5), fórmula seguida en *affaire Jamin v. Canal* (14 mai 1945, D. 1945.285).

de gananciales²⁶.

²⁶ RAMS, *op. cit.*, pág. 88 y 89.

3.- LOS SUCESOES *MORTIS CAUSA* DEL AUTOR.

Ante algún sector doctrinal partidario de potenciar las facultades de disposición del autor causante²⁷, el legislador del 87 ha optado, en cuanto a los derechos de explotación de la obra, por no establecer una especialidad a las normas de sucesión legítima. Se ha pretendido encontrar una muestra de esta facultad de disposición del autor en la libertad que tiene éste a la hora de confiar el ejercicio de los derechos morales²⁸. Desde nuestro punto de vista y dada la transformación que sufren las facultades morales con la muerte del autor, consideramos que la libertad al transmitir dichos derechos obedece más a la libérrima voluntad para la designación del albacea (dentro de los límites del art. 893 Cc) que a una excepción a las reglas generales sobre legítimas y demás limitaciones a la libertad de disponer *mortis causa*.

La transmisión sucesoria de los derechos de autor está organizada de diferente manera según se trate del derecho moral de autor o de los derechos patrimoniales. La justificación reside en que el derecho moral es un derecho de naturaleza particular, un derecho vinculado a la misma persona del autor y que, a su muerte, cambiará en alguna suerte su contenido, transformándose en una obligación para aquellos que lo adquieran. Estos ya nos serán más "derechos egoístas" sino "derechos altruistas", reconocidos en beneficio de otros²⁹. Además, algunas de las facultades morales del derecho de autor son

²⁷ En este sentido, MOSCON estima que si el autor tiene libertad absoluta de disponer de su obra, sin respeto a herederos legítimos -fuera de los supuestos de desheredación o de indignidad para suceder- y, por tanto, de poder hacerla llegar a la persona más propincua, cualquier obra o método de creación artístico, literario o científico podría evolucionar hacia campos más creativos y enriquecedores ("*Una tesi sul diritto morale dell'autore alla diffusione delle opere*", IDA, 1972, pág. 415., citado por VEGA VEGA, "*Derecho de autor*" cit., pág. 138, quien parece alinearse con esta tendencia).

²⁸ VEGA VEGA, *op. y loc. cit.*, últimamente.

²⁹ MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, G.: "*Protection of the Author's Moral Interests after his Death as a Cultural Postulate*", Copyright, february 1979, pág. 36. En este mismo sentido, DUMAS, *op. cit.*, pág. 243 y ss., DESBOIS, "*Le droit d'auteur...*" cit., pág. 569 y COLOMBET, "*Propriété...*" cit., pág. 187 y ss. Entre nosotros, LACRUZ es partidario de esta teoría ("*El*

perpetuas (art. 41, II LPI)³⁰.

3.1.- Transmisión de las facultades morales.

En cuanto a las personas que pueden llevar a cabo la defensa *post mortem* de las facultades morales,³¹ la Ley establece tres diversos órdenes

ejercicio post mortem...", cit., pág. 37 y ss.) también ALBALADEJO y BERCOVITZ ("Comentario a los artículos 15 y 16" en "Comentarios a la LPI" cit., pág. 305). DELGADO PORRAS se inclina por considerar que después de la muerte del autor, no cabe hablar de un derecho subjetivo y sí de situaciones de poder creadas en favor de determinadas personas (tanto de derecho privado como público), a las que se les confiere el ejercicio (legitimación) de las facultades de reivindicar la paternidad de la obra y de exigir respeto a la misma, pero con vistas al interés general de que se conserve la identidad del patrimonio literario y artístico nacional ("*Panorámica...*" cit., pág. 29). También BAYLOS ("*Disquisiciones...*" cit., pág. 67 y ss.) y ESPIN ("*Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*", Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, pág. 121) abogan por que el fallecimiento del autor extingue los derechos morales como tales.

³⁰ Como ha señalado DESBOIS, esta perpetuidad se justifica por la longevidad de la obra, que sobrevive a la extinción del monopolio y continua llevando la expresión de la personalidad del autor ("*Le droit d'auteur...*" cit., pág. 470).

³¹ No todas las facultades contenidas en el derecho moral de autor son perpetuas. Se ha señalado como algunas son vitalicias, porque mueren con el autor, como, por ejemplo, la facultad de retirar la obra del comercio, ya que es evidente que esta facultad no podrá sobrevivir al autor (VEGA VEGA, "*Derecho de autor*" cit., pág. 117). Otras, como los derechos a la paternidad e integridad de la obra, son perpetuas, (arts. 15. 1 y 41, II de la LPI). En un tercer grupo, aparece el derecho a decidir sobre la divulgación de la obra, que durará lo mismo que los derechos de explotación (art. 15. 2. durará un plazo de sesenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 40). Por último, resulta sorprendente que el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra (art. 14, 7.º LPI) haya sido preterido de la transmisión prevista en el art. 15 LPI. Como señala GONZALEZ LOPEZ, la enmienda 224 pretendía que se permitiese que el autor encomendase a la persona que deseara el ejercicio de la facultad de acceso al ejemplar raro o único de la obra, y en caso de que tal facultad no se confiase a nadie correspondiese, como las otras, a los herederos del autor. La enmienda fue rechazada y no apareció en el artículo 15 del Informe de la Ponencia del Congreso. El tema fue nuevamente tratado en la discusión de la Comisión de Educación y Cultura con competencia legislativa plena, pero fue rechazada por la Comisión ("*El derecho moral del autor...*" cit., pág. 134).

Que las facultades de modificación y de retirada de la obra del comercio no sean mencionadas en dicho artículo resulta perfectamente lógico pero que concediéndose a las personas en él citadas la posibilidad de ejercer el derecho de divulgación, no les corresponda el ejercicio de la facultad de acceso a la obra resulta difícilmente admisible. Habrá que acudir a la figura del abuso del derecho para reprimir determinadas conductas del poseedor de la obra que impidan de modo injustificado el ejercicio del derecho de divulgación (CAFFARENA, "*Comentario al artículo 14*" cit., pág. 296).

A estas razones podemos añadir que la necesidad de transmisión del derecho de acceso también se deriva de la propia transmisibilidad de los derechos de explotación. Los herederos del autor pueden necesitar el acceso a la obra a fin de ejercer éstos derechos ("o cualquier otro que le corresponda" señala el art. 14, 7.º). De ahí que en la legislación alemana

de llamamientos:

1.º "La persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad" (art. 15.1).

2.º En su defecto, a los herederos del autor (art. 15.1).

3.º De no existir herederos o de ignorarse su paradero, la Ley legitima al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural (art. 16).

El legislador ha considerado que nadie mejor que el propio autor para juzgar quién será la persona que mejor vele por sus derechos morales una vez que él haya fallecido³². Por eso, la LPI legitima, en primer lugar, a la persona designada por el autor³³. Será entonces muy frecuente que el ejercicio de estos derechos o facultades morales recaiga sobre personas distintas de los sucesores *mortis causa*: al separar los intereses económicos de las facultades morales, se evita una defensa laxa encaminada a la consecución de mayores beneficios pecuniarios³⁴.

Se dice, con razón, que la facultad de disposición a la que alude el art. 2.º LPI debe entenderse referida al aspecto personal y patrimonial, pues el significado del término "disposición" no tiene el sentido jurídico estricto de transmisión de derechos, sino el más amplio de decidir sobre las vicisitudes

este derecho aparezca a caballo entre los derechos morales y los derechos de explotación.

Finalmente, en cuanto al plazo de protección de los derechos morales ha de señalarse que la Directiva 93/98 CEE no se aplicará a los derechos morales (art. 9.º).

³² No parece que exista ningún obstáculo para que el testador instituya un albacea *particular* literario, artístico o científico, encargado de la defensa de sus facultades morales y otro albacea *universal* (art. 894, I C.c.) encargado de vigilar la ejecución del testamento.

³³ Lo único que el autor puede hacer para asegurar sus intereses morales es cerciorarse de que dicha tarea ha sido dada a una persona de confianza (MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, "Protection of the Author's Moral Interests..." *cit.*, pág. 35).

³⁴ Cfr. ALVAREZ ROMERO ("Significado..." *cit.*, pág. 96 y 97) quien juzga anómala la atribución del derecho de inédito, después de la muerte del autor, a quienes carecen de titularidad sobre la obra y no encuentra ninguna razón que la justifique.

de la obra creada. La plena disposición comprende tanto el aspecto personal (divulgación, modificación) como el patrimonial (explotación en sus diversas formas)³⁵. Con el fallecimiento del autor, la "*plena disposición*" que tenía el autor sobre su obra, y precisamente en su virtud, puede dividirla, dejando de una parte, los aprovechamientos económicos y de otra, las facultades de índole moral.

De este modo nos encontramos ante una primera situación de concurrencia de titulares sobre la creación intelectual: mientras los sucesores *mortis causa* ostentan la titularidad de los derechos de explotación, los ejecutores testamentarios o albaceas *ad hoc* son los legitimados para el ejercicio de las facultades morales que sobreviven al fallecimiento del autor³⁶.

Esta situación se puede prestar a no pocos conflictos. Los albaceas literarios o artísticos podrán vetar o impugnar aquellas explotaciones que atenten contra los derechos morales del autor fallecido. Un claro ejemplo de este enfrentamiento lo tenemos en el caso de que el autor hubiera hecho en vida expreso deseo de no divulgar alguna de sus obras (sin perjuicio de lo establecido en el art. 40 LPI) pero que la avidez de los sucesores no ha respetado. Pero también puede consistir en un atentado contra la integridad de la obra, especialmente posible en el supuesto de cesión del derecho de transformación a pesar de no guardar la fidelidad debida a la obra preexistente de manera que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o un menoscabo a su reputación.

Cuando el autor no haya manifestado expresamente el deseo de que

³⁵ ESPIN, "*La creación literaria, artística y científica como fundamento...*" cit., pág. 31.

³⁶ Por la preterición en el art. 5.º de algunas de las facultades morales recogidas en el art. 14 se colige que dichas facultades no son transmisibles *mortis causa*, especialmente el derecho positivo de modificación (art. 14. 5) y el derecho de retirada, puesto que tras la muerte del autor es imposible que se dé el supuesto de hecho necesario para su ejercicio: el cambio de convicciones del autor. No parece justificado, -como ya se ha señalado-, que la facultad de acceso al ejemplar único o raro de la obra no sea transmisible a quienes conservan los derechos de divulgación y de explotación.

su obra permanezca inédita, se ha considerado que la protección exagerada de su buen nombre puede convertirse en un instrumento de chantaje, al someter a la voluntad de un tercero ajeno a la propiedad de la obra, la decisión relativa a la publicación³⁷. Razón por la cual, quizá, se haya arbitrado el mecanismo del art. 40 LPI que faculta al Juez para tomar las medidas adecuadas, aunque dicho artículo también entra en funcionamiento cuando son los propios titulares de los derechos de explotación quienes ejercitan el derecho a la no divulgación.

Cuando los legitimados para la defensa de los *derechos morales de residuo* no coinciden con los sucesores del autor fallecido conviene analizar dos cuestiones: en primer lugar, determinar si los contratos de cesión de los derechos de explotación han de contar con el consentimiento del albacea o si basta con el del titular de los derechos económicos; en segundo lugar, precisar el alcance de la titularidad que ostentan los albaceas para poder determinar a quien corresponden p. e. las indemnizaciones por infracción de los derechos morales así cómo también a cargo de quién han de correr las costas del litigio.

Acerca de la validez del contrato de explotación de una obra no divulgada parece que, puesto que el autor designó a tal efecto a una persona distinta de sus sucesores, será necesario contar con la autorización de la misma para poder explotar la referida obra. Creemos que dicha autorización será *ad validitatem*. Queda a salvo el supuesto en el que el autor se hubiera opuesto expresamente a dicha divulgación, en cuyo caso tampoco la autorización del albacea legitima la divulgación. El único medio para remover la prohibición de divulgar impuesta por el autor o por su ejecutor testamentario sería mediante el procedimiento establecido en el art. 40 LPI³⁸.

³⁷ ALVAREZ ROMERO, "Significado..." cit., pág. 97.

³⁸ Dicho artículo dispone "Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor sus derechohabientes ejercitasen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas

Dentro de la facultad decisoria sobre la divulgación, también está comprendida en el número 1.º del artículo 14 la facultad que alcanza a la decisión de la "forma" de la divulgación³⁹.

En cuanto a si es necesaria la autorización del albacea para la validez del contrato de transformación, -puesto que aunque de contenido económico en él se comprometen aspectos morales-, creemos que no ocurre lo mismo que respecto a la autorización para la divulgación de la obra. La autorización *previa* del albacea sobre si cumple con el respeto debido a la obra preexistente es *nula*, pues el respeto a la obra original exige contrastarla con la modificación efectuada⁴⁰. Para la celebración de un contrato de transformación basta con el consentimiento de los titulares de los derechos de explotación, y únicamente *a posteriori*, en caso de que no se respete la integridad de la obra, estará legitimado el albacea para actuar. Es más, en caso de que la integridad de la obra originaria sea respetada no será preciso que intervenga el albacea para la explotación lícita de la obra derivada.

Con respecto a la extensión de la titularidad de estos derechos morales de residuo, aunque el texto legal no prevea la atribución de los derechos o facultades en cuestión a los sujetos designados sino únicamente la atribución de su ejercicio, parece que, en verdad, sí se transmite la titularidad de los

adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo". Sin entrar en la oportunidad de este precepto, creemos que la expresión "derechohabientes" no está referida únicamente a los sucesores *mortis causa*, desde el punto y hora que la propia Ley no legitima a éstos para el ejercicio del derecho de divulgación cuando el autor haya designado un albacea testamentario. Es más, cuando haya discrepancias entre éste y aquéllos sobre la procedencia de la divulgación, los sucesores *mortis causa* deberán ser considerados "*cualquier otra persona que tenga interés legítimo*".

³⁹ ESPIN señala como podrá decidirse una forma únicamente, edición, escenificación, emisión radiofónica, etc., ya que no se pone límite alguno en este punto. Tampoco se pone límite para acordar la divulgación en una forma, y más tarde, visto el éxito (crítica favorable, etc.), acordar otra forma de divulgación ("*Las facultades del derecho moral...*" cit., pág. 126 y 127).

⁴⁰ Vid. *supra* sobre las renunciaciones anticipadas del derecho a la integridad el Capítulo V, § 1.2.

mencionados derechos o facultades⁴¹. En principio, parece que al ejecutor testamentario le corresponden únicamente deberes de guarda y custodia de la obra, de manera que las indemnizaciones obtenidas por los daños morales aprovecharían a los sucesores del autor⁴², que son quienes ostentan los derechos patrimoniales y quienes, como sucesores del autor, se verían más perjudicados por el desprestigio del mismo.

La atribución a los titulares de los derechos de explotación el derecho a obtener una indemnización quiebra cuando dicha indemnización resulte de una obra caída en el dominio público. También, parece injusto que los sucesores se beneficien cuando el atentado contra el derecho moral haya sido debido, precisamente, a la propia actuación de los mencionados sucesores; resulta absurdo que la indemnización debida revierta en aquellos que la consintieron y han sido condenados por ello.

En nuestra opinión, no se puede dar una solución única al problema planteado. Así, si lo que se infringió fue el derecho a la paternidad y la copia es *literal*, de la totalidad de la obra, o de partes o fragmentos de ella, entonces el plagio cometido, habrá de considerarse también como una infracción del derecho de reproducción que se encuentra definido en el artículo 18. Si, en cambio, la copia se ha realizado valiéndose de alteraciones o modificaciones formales, se tratará de la infracción del derecho de transformación, cuyo contenido lo determina el artículo 21⁴³. En estos casos, parecería posible un litisconsorcio entre el albacea y los titulares de los derechos de explotación, puesto que se ven involucrados tanto las facultades

⁴¹ Así lo han visto ALBALADEJO y BERCOVITZ, pues, de lo contrario, ¿quién sería su titular? (*op. cit.* últimamente, pág. 304 y 305).

⁴² Por esta solución parece decantarse LACRUZ, al señalar que existiendo ejecutores testamentarios de cualquier clase, hay que entender que tienen asimismo indefinidamente el ejercicio de esas mismas facultades derivadas del derecho moral, aunque los resultados pecuniarios serían siempre para los titulares del derecho patrimonial ("*El ejercicio "post mortem auctoris" del aspecto moral..." cit.*, pág. 43).

⁴³ BAYLOS, "*Disquisiciones..." cit.*, pág. 60.

morales como las patrimoniales. La indemnización incluiría tanto los daños materiales como los morales (art. 123 LPI) y no resultaría tan contradictoria la adjudicación del conjunto de la indemnización a los sucesores *mortis causa*⁴⁴, puesto que ellos no participaron en la agresión a las facultades morales del autor.

Pero, nada obsta a que el autor haya dispuesto expresamente sobre la referida indemnización en el propio testamento tanto a favor del albacea como de sus herederos. En este sentido, el art. 908, II del C.c. admite la posibilidad de que el testador instituya legatario al albacea.

En cuanto a la remuneración del albacea, *"el albaceazgo es un cargo gratuito. Podrá, sin embargo, el testador señalar a los albaceas la remuneración que tenga por conveniente; todo sin perjuicio del derecho que les asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros facultativos"* (art. 908, I). Por lo tanto, salvo que el autor en su testamento previera esta hipótesis en principio, entendemos que no podría percibir una indemnización, sin perjuicio de la remuneración señalada.

Ahora bien, para aquellos casos en que el atentado contra las facultades morales del autor haya sido debido a la conducta de sus sucesores *mortis causa* y sean condenados al pago de una indemnización, no resulta descabellado asignar dichas indemnizaciones al albacea que veló por la salvaguarda de las referidas facultades. Además, se trata de un *albacea especial*, que bien pudiera tener unas asignaciones también especiales. Sin embargo, que las indemnizaciones revirtieran en el sucesor responsable de la obligación misma de reparar ha de ser excluido *ad absurdum*.

⁴⁴ Si se produce un daño patrimonial en el sentido del artículo 125, primer párrafo, y al mismo tiempo un daño a los derechos del artículo 14, habrá dos partidas indemnizatorias (CARRASCO PERERA, *"Comentario al artículo 123"* cit., pág. 1.660). Parece pues, que también se podría indemnizar separadamente a los titulares de los derechos económicos y a los titulares de las facultades morales.

En cualquier caso, para evitar futuros conflictos proponemos *de lege ferenda* una norma de carácter dispositivo que prevea, salvo disposición expresa del testador, el destino que haya de darse a las referidas indemnizaciones, ya sea en el sentido de que correspondan al albacea literario o artístico, a determinadas instituciones públicas, etc. En este sentido, creemos más acertada la adjudicación de dichas indemnizaciones al albacea literario, puesto que, en última instancia, conducirá a un mayor celo en el cumplimiento de su misión.

Nuevos problemas surgen una vez terminadas las operaciones particionales: ¿podrá el albacea exigir las costas que la defensa de los derechos morales genere a los sucesores del autor? y, una vez expirado el período de protección, ¿a quién podrá reclamar las referidas expensas?, ¿podrá instar a las entidades públicas para que sean éstas las que promuevan dicho procedimiento?

En principio, creemos que el albacea sí podrá reclamar a los sucesores los gastos que la defensa de las facultades morales genere. También parece viable la solución apuntada en el sentido de que sean las instituciones públicas, a instancias del albacea quienes incoen el referido procedimiento. Pero, el mejor medio para asegurar una perpetua defensa de las facultades morales de los autores parece confiar su custodia a alguna sociedad de gestión.

En defecto de mandatarios de confianza, la Ley atribuye la legitimación para el ejercicio de los referidos derechos de defensa *post mortem* a los herederos del autor⁴⁵. No se singulariza ninguno de entre ellos⁴⁶, por lo que

⁴⁵ Se excluye así, para el ejercicio de estas facultades al legatario, aunque el legado consista en la atribución de la propiedad intelectual. El legatario es un mero adquirente de bienes, un sucesor a título particular, y en ese sentido viene alcanzado por la regla de la indisponibilidad del derecho moral de autor, derecho que sólo pasa a los sucesores a título universal, es decir, a los que continuarán la personalidad del causante. En definitiva, pues, el legado de la propiedad intelectual nunca comporta sino el derecho pecuniario; si el autor expresa su deseo de que el legatario ejercite asimismo las acciones derivadas del derecho

la legitimación corresponderá globalmente a todos sean hijos, hermanos, sobrinos, etc. La legitimación corresponde a los "herederos" sean testamentarios o abintestato, entre los que parte de la doctrina incluye también al cónyuge no separado legalmente⁴⁷. En cuanto a la defensa de los derechos morales habrá que incluir a todos los herederos, incluso a aquellos que su cuota no incluya derechos de explotación sobre las obras.

El mayor problema que la designación genérica a los herederos del autor puede plantear, es el derivado de la falta de unanimidad en el ejercicio de las referidas facultades. En caso de desacuerdo entre los coherederos, al no estar prevista otra forma de dirimir la discordia, se impondrá la decisión judicial⁴⁸. Algunos autores estiman que, dadas las funestas consecuencias que podrían resultar para la cultura, a la hora de buscar soluciones hay que pensar, más que en el hombre mismo, en la sociedad, abocada a fines comunitarios⁴⁹. Otros, en cambio, desde una perspectiva más personalista, en términos generales consideran que en caso de divergencia entre los diversos

moral de autor, habrá que entender, no que le designa sucesor en ese derecho moral, sino que le encarga la defensa del mismo, y, probablemente, que le atribuye, mientras tenga el derecho patrimonial, los resultados pecuniarios que las acciones dimanantes del derecho moral pudieran producir (LACRUZ, "El ejercicio «post mortem»...", *cit.*, pág. 42). Ahora bien, si se distribuyó toda la herencia en legados, sin designación particular de la persona a quien se le confíe el ejercicio de las facultades morales, el ejercicio de éste último en su defecto corresponderá a los herederos abintestato y, a falta de los anteriores, a las instituciones mencionadas en el art. 16 LPI.

⁴⁶ Otras legislaciones, como la francesa, establecen un orden jerárquico dentro de los sucesores.

⁴⁷ Así, ESPIN que se alinea entre la doctrina y jurisprudencia que le otorgan en nuestro derecho carácter de heredero ("Las facultades del derecho moral..." *cit.*, pág. 134). Pero ha de tenerse en cuenta, el cónyuge no siempre es heredero. Lo será, únicamente, si el testador así lo dispone o si no hay descendientes ni ascendientes en la sucesión abintestato (art. 944 C.c.).

⁴⁸ ESPIN, *op. cit.* últimamente pág. 126, si bien este autor se refiere únicamente al ejercicio de la facultad de divulgación.

⁴⁹ En este sentido, VEGA VEGA, *op. cit.* últimamente, pág. 138. Sin embargo, como solución al problema señala para la hipótesis de falta de unanimidad de los causahabientes la aplicación analógica del art. 7.º LPI, el cual, ante la necesidad de salvaguardar los derechos morales de todos los coautores, es muy proclive a la paralización en la explotación de la obra.

herederos en el ejercicio del derecho moral de su causante, siendo limitadas las facultades positivas de tales herederos, preponderará siempre el ejercicio de una facultad negativa, es decir, el *ius prohibendi* de cada uno de ellos frente a los otros⁵⁰.

El art. 16 tampoco indica orden de preferencia para el caso en que no exista ejecutor testamentario o herederos, por lo que debemos entender que cualquiera de la corporaciones mencionadas en el referido artículo estará legitimada, pudiendo surgir también alguna cuestión competencial en caso de desacuerdo⁵¹.

En la doctrina francesa ha sido muy discutido si están legitimados para la defensa de las facultades morales los herederos de los herederos legitimados, resolviendo negativamente⁵². Con respecto al art. 15 LPI, la doctrina española tampoco es partidaria de la transmisión de la legitimación a los herederos de los legitimados. La legitimación debe considerarse personalísima, puesto que en definitiva, está basada en la confianza que inspiran las personas en cuestión, o bien porque así lo reconoce el autor, o bien porque así cabe esperarlo de su relación con él⁵³.

En cualquier caso, y cualquiera que sea el encargado de velar por el respeto de los derechos morales del autor, teniendo en cuenta que dicho respeto está dictado por el interés cultural, su abuso debe ser controlado por

⁵⁰ LACRUZ "El ejercicio «post mortem»..." cit., pág. 43.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² La jurisprudencia francesa era partidaria de admitir la transmisión del derecho moral a la segunda generación de sucesores (*affaire Lecomte*, Trib. gr. inst. Reims (1^{er} Ch.), 9 janv. 1969, D. 1969.569; *affaire Feval*, Cour de Paris (1^{er} Ch.), 14 juin 1972 rida, oct. 1972, pág. 165). Esta solución ha sido muy criticada por la doctrina, pues hace depender la decisión de personas a veces extrañas a la familia del autor; razón por la cual parece más juicioso recurrir al art. 20 que prevé el control judicial a petición de cualquier persona interesada (COLOMBET, "Propriété..." cit., pág. 190 y ss. y DESBOIS, "Le droit d'auteur" cit., pág. 571 y ss.).

⁵³ ALBALADEJO y BERCOVITZ, *op. cit.* últimamente, pág. 307 y ss.

los Tribunales⁵⁴.

Finalmente, conviene hacer una advertencia al legislador español para cuando incorpore al Derecho español la Directiva 93/98/ CEE: puesto que dicha Directiva prolonga el período de protección de los derechos de explotación a la vida del autor y setenta años después de su muerte (art. 1.^º), pero lo dispuesto en ella no afectará a la legislación de los Estados miembros en materia de derechos morales (art. 9.^º) y conforme a nuestro art. 15,2 LPI la facultad de decidir sobre la divulgación de la obra dura la vida del autor y sesenta años desde su muerte o declaración de fallecimiento, se produce un desajuste de diez años entre el ejercicio de las facultades económicas y la facultad moral de divulgación.

3.2.- Transmisión de los derechos de explotación.

Dispone el art. 42 que *"los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa, por cualquiera de los medios admitidos en derecho"*⁵⁵.

La transmisibilidad *mortis causa* queda limitada, en este artículo, a los *derechos de explotación* de la obra regulados en la Sección II del Capítulo III del Título II (arts. 17 a 23) y, por tanto, a los derechos de reproducción,

⁵⁴ MICHAÉLIDÈS-NOUARIOS, *"Protection of the Author's Moral Interests after his Death..."*, cit., pág. 36. En orden a verificar este control, -añade-, el Tribunal civil tiene que tener el poder de ordenar "todas las medidas apropiadas" para remediar no sólo contra los actos positivos de abuso, sino también la abusiva falta de actuación debida a negligencia o incapacidad del titular de los derechos morales *post mortem*.

⁵⁵ Los términos de este artículo han sido severamente criticados por BAYLOS: No parece apropiado indicar que los derechos a que se alude se transmiten "mortis causa" por toda la diversidad de medios que el Derecho admite. Al referirse a la sucesión como modo de adquirir y transmitir la propiedad, es forzoso considerarla como un modo único ("sucesión testada e intestada", como dice el art. 609 del Código civil); estando fuera de lugar aludir, dentro de ella, a *"los demás medios admitidos en derecho"*. El artículo 42 del Proyecto [que fue mantenido idéntico por la Ley] debería declarar únicamente: "los derechos de explotación de la obra se transmiten "mortis causa", por sucesión testada o intestada (*"Acotaciones al nuevo Proyecto..."* cit., pág. 542 y 543, el subrayado es suyo).

distribución, comunicación pública y transformación enunciados en el art. 17 LPI. Respecto a estas facultades de explotación, los causahabientes se encuentran, generalmente, en la misma situación en la cual se encontraba el beneficiario original⁵⁶. La posición de los derechohabientes es de plena subrogación en la titularidad de los derechos patrimoniales pertenecientes al autor.

De la formulación genérica del art. 42 quedan, en principio, excluidos el *derecho moral* (Sección I) y los *otros derechos* (Sección III), esto es, el *droit de suite* (art. 24) y el derecho a la remuneración compensatoria (art. 25). En cuanto a la transmisión del ejercicio de las facultades morales los arts. 15 y 16 LPI establecen, -como vimos-, unos cauces especiales. El art. 24, por su parte, admite únicamente la transmisibilidad por sucesión «mortis causa» en términos análogos a los previstos en el art. 42⁵⁷.

El art. 42 supone pues una remisión a las normas del Código civil y de las Compilaciones forales y, no sólo con respecto a los medios de transmisión⁵⁸, sino también respecto a las normas generales del derecho

⁵⁶ BERNELAS, J. L. & BUCHALET, S.: "*Les droits d'Auteur. Approche juridique et Etude fiscales écrivains ou compositeurs*", Rev. Economica, 1986/87, pág. 26. En este sentido, el Derecho portugués (art. 40 CDDC) equipara los sucesores a los titulares originarios del derecho de autor respecto a las facultades que les están atribuidas (DIETZ, A.: "*El Derecho de autor en España y Portugal*", trad. López Sáez, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1992, pág. 160).

⁵⁷ Nuestro legislador se aparta en este punto del francés, que admite la transmisibilidad del *droit de suite*, preve reglas especiales de para la transmisión de este derecho (cfr. art. 42, §2, de la Ley de 11 de marzo de 1957 el cual dispone que "después del fallecimiento del autor, este *droit de suite* subsiste en beneficio de sus herederos y, para el usufructo previsto en el art. 24, de su cónyuge, con exclusión de todos los legatarios y causahabientes...").

⁵⁸ Por "medios de transmisión *mortis causa*" hay que entender las clases de sucesión admitidas en el Derecho español: en primer término, según lo que el difunto haya dispuesto en testamento o en contrato sucesorio (en los Derechos forales que así lo admitan: arts. 11 de la Compilación de Vizcaya, 6.º de la Compilación de Baleares, 89 Comp. Aragón, 97 Comp. Cataluña y Ley 146 Comp. Navarra), en cuyo supuesto se denomina *sucesión testada*; y a falta de testamento, la ley llama a suceder a ciertos parientes y, en su defecto, al Estado. Es la llamada *sucesión intestada*. Aunque como prevé el art. 658, III "*podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la Ley*".

sucesorio⁵⁹. Además, las normas sucesorias comprenden tanto aquellos derechos adquiridos a la muerte del propio autor como aquellos otros que habiendo sido cedidos durante la vida del autor, pueden ser, salvo cláusula en contrario, transmitidos a la muerte del cesionario⁶⁰.

La transmisión de los derechos de explotación sobre la creación intelectual, al igual que el resto de la herencia del autor, puede haber sido dispuesta a título universal o de herencia o a título particular o de legado⁶¹ (art. 668, I C.c.). Pero lo que aquí más interesa subrayar son las situaciones de cotitularidad sobre la creación intelectual que se pueden presentar entre los coherederos y/o legatarios. Pues bien, la transmisión *mortis causa* de los derechos de explotación sobre una obra del ingenio se presta tanto situaciones de *comunidad en sentido estricto*, como supuestos, que podrían considerarse comprendidos en la llamada *comunidad dividida*.

Dentro del primer supuesto nos encontramos con los casos en los que los coherederos mantengan, -bien por voluntad expresa del testador, bien como resultado de la partición-, sobre una o varias creaciones, una situación de comunidad *pro indiviso*. Tras la partición de la herencia del autor, los derechos de explotación de la obra estarán divididos por cuotas entre los coherederos del autor.

La comunidad sobre los derechos de explotación tiene la ventaja de

⁵⁹ COLOMBET, "*Propriété littéraire...*" cit., pág. 194 y ss. A esta solución, también se llega a través de la remisión que el art. 429 del C.c. hace a las normas de la propiedad. No en balde, el derecho sucesorio aparece contenido en el Libro tercero del Código civil: "*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*".

⁶⁰ COLOMBET, *ibidem*. Caso en el que se podrán presentar análogos supuestos de cotitularidad que cuando el causante es el propio autor.

⁶¹ Ya PEÑA, estando vigente la antigua LPI se expresaba en estos términos ("*Comentario a los artículos 428 y 429*" cit., pág. 822).

evitar así las rescisiones por lesión previstas en el art. 1.074 del C.c.⁶², si por ejemplo la obra adjudicada a uno solo de los herederos alcanza gran éxito después de la partición tras su transformación cinematográfica. En este punto, la recomendación que el artículo 1.078 LEC hace al contador de que procure evitar la indivisión no debe ser excesivamente vinculante⁶³, pues en caso contrario será difícil guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061 C.c.).

La posibilidad de admisión de una situación de comunidad sobre la creación intelectual no parece disgustar a nuestro Ordenamiento jurídico, el cual reconoce legalmente una situación de comunidad sobre la misma en el supuesto de las obras en colaboración, haciendo incluso, una remisión a las reglas de la comunidad de bienes establecidas en el Código civil (art. 7.º4 LPI).

En verdad, se estaría ante un caso excepcional de *indivisión* en el disfrute. Cada uno de los derechohabientes tendría una *cuota-parte abstracta* sobre cada una de las creaciones intelectuales que estuvieran en comunidad o, en su caso, sobre su el repertorio global. Esta indivisión, por tanto, deberá regirse por las normas contenidas en el Código civil sobre la comunidad de bienes (art. 392 y ss).

En este sentido, parece que para los actos de administración serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, resolviendo el Juez *si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuere gravemente perjudicial a*

⁶² Dicho artículo dispone que "*Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas*".

⁶³ Sobre este punto, señala GAUTIER como es admisible para todas las transmisiones en el caso del patrimonio de un autor (comprendiendo la fracción artística) que sea objeto de una *indivisión* entre los coherederos, p. e., entre los hijos y el cónyuge supérstite (*op. cit.* últimamente, pág. 254).

los interesados en la cosa común (art. 398)⁶⁴.

En cuanto a la posibilidad de que los coherederos o legatarios del autor, después de la partición, se encuentren en una situación de las que la doctrina llama *propiedad separada* o *comunidad dividida*, nos parece encontrarla en los supuestos en los que hayan sido adjudicados entre ellos, uno o varios de los derechos de explotación sobre una misma obra⁶⁵: así, p. e., legar a uno el derecho de reproducción⁶⁶, adjudicar a uno de los herederos el derecho de distribución y a otro el de transformación y el de colección del art. 22. Esta posibilidad ha de ser considerada como válida dentro de la LPI a tenor del art. 23, el cual establece que los derechos de explotación "son independientes entre sí". Creemos que se puede encontrar aquí un ejemplo

⁶⁴ Con relación al derecho francés, GAUTIER se pregunta a cuál de los coherederos correspondería la gestión de los actos de disposición y de administración, considerando que, para evitar la pesada carga de la preceptiva unanimidad, lo mejor sería que se beneficiaran de las facilidades que procura el art. 1.873-1 y ss. del Code (especialmente el 1.873-16) sobre las indivisiones *convencionales*, comprendidas en los usufructos: se podría así nombrar un gerente de la indivisión, tomado de entre ellos, o un tercero, o incluso, en caso de crisis, el presidente del tribunal podría ser apelado en recurso de urgencia (*op. cit.*, pág. 265 y ss.). Esta solución no parece, sin embargo, muy acorde con el derecho patrio.

La legislación italiana, por su parte, establece normas particulares para la comunidad hereditaria (arts. 115 y ss. L.A.) del derecho de utilización (y el supuesto parece comprender la sucesión del autor y no la del titular, a título derivativo). Cuando el autor no haya dispuesto otra cosa, el derecho de utilización debe permanecer indiviso durante un trienio (a no ser que la autoridad judicial consienta, por graves motivos, la inmediata división) pudiendo posteriormente convenir los herederos la continuación del estado de indivisión dentro de los límites autorizados por el Código civil (art. 1.111). La administración y la representación de la comunidad hereditaria se atribuye a uno de los coherederos o a una persona extraña la cual, sin embargo, necesita del consentimiento de la mayoría de las cuotas para poder autorizar nuevas ediciones, traducciones o adaptaciones de la obra (ASCARELLI, "Teoría de la concurrencia..." *cit.*, pág. 733 y ss.). De lo dicho parece que el legislador italiano ve con buenos ojos la indivisión de los derechos de explotación económica.

⁶⁵ En este sentido, señala ASCARELLI como por medio de legado, podrá tener lugar una circulación independiente de facultades singulares de utilización (*op. cit.*, pág. 733).

⁶⁶ A este respecto, en opinión de DE PABLO incluso es posible, legar únicamente alguna concreta manifestación de cada derecho de explotación (p. e., dentro del derecho de transformación de una obra literaria, la traducción de ésta o su adaptación teatral o cinematográfica). Como nos recuerda el referido autor, el artículo 865 C.c. se limita, en cuanto al objeto legado, a considerar nulo el de cosas que estén fuera del comercio, de lo que se infiere que pueden legarse todas las demás cosas, derechos o prestaciones; y que las distintas modalidades de explotación que integran o pueden integrar cada derecho de esta clase no están fuera del comercio resulta con toda claridad del artículo 43 LPI, que expresamente se refiere a la cesión *inter vivos* de tales modalidades (*op. cit.*, pág. 651).

paradigmático del *dominio dividido* en distintos aprovechamientos.

Al igual que en los supuestos de *comunidad dividida* sobre los bienes materiales, cuando los derechos de explotación sobre la creación intelectual se encuentran distribuidos por aprovechamientos entre los distintos coherederos, éstos no participan cada uno en los disfrutes por una *cuota*, sino que ejercen cada uno *en exclusiva* una determinada faceta del disfrute, cuya limitación no le arrebatara el concepto de dueño -en concurrencia con otros- de la misma obra⁶⁷.

Con respecto a si los aprovechamientos comunales suponen una comunidad o una servidumbre⁶⁸, cuya mayor trascendencia aparece a efectos de saber si, en caso de enajenación por su titular de alguno de esos aprovechamientos, podrán o no los distintos titulares hacer uso del retracto de comuneros regulado en el art. 1.522 del C.c., también puede plantearse cuando la partición de los derechos de explotación haya sido efectuada distinguiendo según las distintas explotaciones económicas. Para aplicar el

⁶⁷ Como describieran COLIN & CAPITANT: una misma cosa pertenece al mismo tiempo a varios propietarios, pero no se halla en estado de indivisión. El derecho de los propietarios, en lugar de recaer sobre una parte alícuota, abstracta, ideal, consiste en que cada uno tiene derecho a *productos distintos* de la misma cosa (*"Curso elemental de Derecho civil"*, Traducida y anotada por DE BUEN, revisada y puesta al día por MARIN PEREZ & GOMEZ YSABEL, 4.ª edición, tomo II, vol. II, Ed. Reus, Madrid, 1961, pág. 220).

⁶⁸ En tema de aprovechamientos comunales conviene recordar la célebre polémica entre SANCHEZ ROMAN (*"Estudios de Derecho Civil"*, vol. III, 2ª edición, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, pág. 119) y OSSORIO MORALES (*"Las servidumbres personales"*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 119 y ss.), acerca de si se trata de una comunidad o de una servidumbre. Para aquél, consiste en una única institución, unas veces llamada comunidad y otras servidumbre; por su parte, OSSORIO MORALES, sistematizando la doctrina del Tribunal Supremo, distingue dos supuestos, al parecer contradictorios: a) Los casos en que frente al propietario de un predio otra persona o personas ostentan determinados derechos o aprovechamientos, que constituyen para sus titulares *gravámenes impuestos sobre un predio ajeno*, establecidos *intuitu personae* sin consideración a un predio dominante, existen *servidumbres personales* autorizadas por el art. 531 del Código civil; b) Cuando los diversos aprovechamientos de una finca corresponden a distintas personas, pero sin que los atributos esenciales de la propiedad resulten pertenecer exclusivamente a ninguna de ellas ni a un tercero, ignorándose, por consiguiente, a quién corresponde la titularidad del predio, esta situación deberá considerarse como *análoga a la copropiedad*, pero sólo a los efectos de autorizar la acción de retracto si uno de los beneficiarios enajena su derecho a un extraño.

retracto de comuneros a estas situaciones que en materia de propiedad intelectual pueden presentarse, no basta con que exista una aparente similitud en el supuesto de hecho sino que hemos de buscar la razón que llevó al Tribunal Supremo a aplicar el retracto de comuneros a la propiedad dividida, para ver si la misma razón existe respecto de división de los derechos de explotación sobre la creación intelectual.

Se ha señalado como el Tribunal Supremo, al aplicar el retracto de comuneros a la propiedad dividida, ante la laguna legislativa del Código civil, ha considerado la yuxtaposición de derechos como relación jurídica análoga a la comunidad de bienes o incluso como tal comunidad. El recurso de acudir a la ficción de considerarla como una copropiedad a los efectos de fundamentar la aplicación del retracto es para conseguir así el efecto práctico de consolidar el dominio separado, evitando los inconvenientes económicos de la yuxtaposición de derechos⁶⁹. El T.S., aun consciente de la falta de identidad entre la comunidad de bienes a la que se refiere el art. 392 y ss. del C.c. y la propiedad separada por aprovechamientos, llega al resultado más pertinente, al aplicar el retracto a favor de los restantes beneficiarios de aprovechamientos⁷⁰. Y esto, porque la identidad reside en la misma razón de ser del retracto de comuneros: evitar las situaciones de indivisión por considerarlas antieconómicas y ocasionadoras de litigios. Con mayor motivo, ha de ser aplicado el retracto cuando la división de un fundo se hizo en distintos aprovechamientos, que de todos los obstáculos jurídicos que supone la excesiva fragmentación agraria, es la más retrógrada respecto a la nueva

⁶⁹ GARCIA AMIGO, tras examinar copiosa jurisprudencia, incluso anterior a la vigencia del Código, se ha pronunciado en este sentido ("*Condominio pro diviso...*" *cit.*, pág. 179 y ss.).

⁷⁰ Ante esta calificación, sin duda violenta del término *comunidad*, algunos autores, como CUADRADO IGLESIAS, abogan porque el legislador aborde la regulación de esta materia, estableciendo la existencia del retracto en caso de enajenación de algunos aprovechamientos cuando no constituyen limitación de ningún dominio; pero mientras esto no suceda, contétese el Tribunal Supremo con afirmar la existencia de una situación "análoga" a la comunidad, como certeramente señala en múltiples fallos, pero nunca una verdadera comunidad (*op. cit.*, pág. 351).

agricultura⁷¹, y porque, como ha señalado ROCA SASTRE, la ley al crear los retractos legales se mueve, en principio, por razones de interés general o público, aunque redunde muchas veces en provecho de particulares concretos⁷².

Pues bien, trasladada esta situación a la que se presenta en relación a los distintos aprovechamientos de los derechos de explotación de una obra del ingenio, nos encontramos con varias diferencias:

En primer lugar, el principio de la independencia que los derechos de explotación tienen entre sí (art. 23 LPI) junto con la interpretación restrictiva de la cesión, hace que la división por aprovechamientos no sólo no resulte antieconómica sino que además sea éste el medio habitual de transmisión *inter vivos*.

En segundo lugar, y dado que el contenido económico del derecho de autor consiste precisamente en su explotación, -ya directamente, ya a través de su cesión a un tercero-, parecería que el otorgar un derecho de adquisición preferente a los titulares de los otros derechos de explotación sobre aquél de ellos que enajena su derecho, supondría, más que la consolidación del derecho de propiedad intelectual, la creación de nuevos obstáculos para la difusión de la creación intelectual.

A la vista de la situación expuesta no parece oportuna la aplicación del retracto de comuneros a la situación de *comunidad pro indiviso* en la que se encuentran los coherederos del autor que, bien por voluntad del propio autor causante o como resultado de la partición, ostentan sus derechos de forma

⁷¹ GARCIA AMIGO, *op. cit.* últimamente, pág. 195.

⁷² Citado por LACRUZ, "*Elementos...*", *cit.*, tomo III, vol. 2.º, pág. 442.

yuxtapuesta⁷³.

Ahora bien, en nuestra opinión, esta inaplicabilidad del retracto de comuneros no es óbice para seguir calificando la situación de comunidad *pro diviso* o propiedad separada, con preferencia a la consideración de derecho real en cosa ajena o servidumbre. En la división de la propiedad intelectual por aprovechamientos no cabe hablar de servidumbre, pues cada aprovechamiento tiene vida propia: ni graba (sí limita) ni es grabado (sí está limitado).

En cuanto a la futura aparición de modalidades de explotación inexistentes o desconocidas al tiempo de la partición (art. 43.5 LPI), parece que, el nuevo derecho de explotación acrece a los derechos de todos los herederos y legatarios del autor y no a los titulares de los aprovechamientos de esa concreta obra del ingenio, la cual puede estar únicamente repartida entre algunos de ellos.

Si trasladamos esta situación al caso de la propiedad separada de fincas rústicas, nos encontramos con una situación similar: ante la posibilidad de que el objeto sea susceptible de otros aprovechamientos no comprendidos en las titularidades repartidas (fundamentalmente: *derecho separado al arbolado, derecho a los pastos y derecho a la siembra*), tales como caza, posibilidad de urbanización, posibilidad u obligatoriedad de regadío, dichos aprovechamientos habrán de ser necesariamente atribuidos a los titulares de aquellos derechos separados⁷⁴.

⁷³ La expresión *concurso o yuxtaposición de derechos* fue utilizada por primera vez por COLIN & CAPITAN (*op. cit.*, pág. 221) y desde entonces ha venido siendo utilizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

⁷⁴ GARCIA AMIGO, "*Condominio pro diviso...*" *cit.*, pág. 189. Más adelante señala como la crítica más grave a que se presta la teoría de la simple yuxtaposición de derechos sea el que no explica en absoluto quién detenta la titularidad de aprovechamientos, de intereses del propio fundo no poseídos particularmente (pág. 192).

Resulta interesante analizar en la hipótesis planteada como funciona la dinámica de la *elasticidad* como nota de la propiedad. Durante la vida del autor, éste recupera todas las modalidades de ejercicio del derecho intelectual que, habiendo sido comunicadas a otro, quedan vacantes. Estas no devienen *nullius* sino que se reincorporan al núcleo originario del derecho, que en el caso del dominio ordinario es la nuda propiedad, y aquí la mera titularidad de la autoría⁷⁵. Con el fallecimiento del autor, la *vis atractiva* que tenía la autoría también podría funcionar respecto del titular o cotitulares *pro indiviso* de los derechos de explotación, pero resulta más dudoso en la que hemos venido llamando *propiedad intelectual separada*, pues en ella no existe un núcleo de cohesión de la propiedad. Lo que está claro es que las "*modalidades vacantes*" no caen con anterioridad en el dominio público. Quizá, hallemos la respuesta en acrecimiento al que hacíamos antes referencia.

Cabe la posibilidad de que alguno de los herederos o legatarios del autor fallezca sin herederos testamentarios ni abintestato, sucediendo el Estado en la parte alícuota o en un derecho concreto de explotación. Al igual que señalamos al referirnos a la transmisión *mortis causa* de las obras en colaboración⁷⁶, la aparición del Estado entre los copartícipes o cotitulares supondría la intromisión de un elemento extraño, ajeno a la comunidad. Pero, a diferencia de lo que acontecía en las precitadas obras, al tratarse aquí de un autor único fallecido, la situación es menos grave: el Estado no podrá concurrir con titulares autores. En cualquier caso, no excluimos la oportunidad de extender, *de lege ferenda*, el derecho de acrecer a los demás titulares, tal y como propusimos para el caso de que alguno de los coautores o de sus cesionarios muriera sin herederos, si bien aquí con mayores reservas.

Especial dificultad presenta la *tasación* de las creaciones intelectuales. Esta valoración no sólo es importante a efectos de la partición de la herencia

⁷⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Comentario al artículo 2.º", *cit.*, pág. 41 y 42.

⁷⁶ *Vid. supra* capítulo II, § 4.

sino también para el cálculo de las legítimas, donaciones colacionables e inoficiosas, a efectos fiscales, etc. Evidentemente, no cabe -salvo disposición expresa del causante (cfr. art. 1.046 LEC) o acuerdo de los herederos (cfr. art. 1.058 C.c.)- considerar como de idéntico valor los derechos de explotación inherentes a cada una de las obras intelectuales del causante, sino que es preciso tasarlos con arreglo al verdadero valor en el mercado de cada uno, siendo imposible dictar al respecto ninguna clase de reglas⁷⁷.

En Francia, a efectos fiscales y ante la dificultad para evaluar el monopolio de explotación, la costumbre generalmente practicada por la SACEM, es deducir la media de los rendimientos de los últimos tres años, deducción hecha por una exoneración para gastos profesionales⁷⁸.

⁷⁷ DE PABLO, *op. cit.*, pág. 657.

⁷⁸ GAUTIER, *op. cit.*, pág. 267. Nuestro legislador, aunque menos previsor que el francés ha sido más hábil. En España, la Ley 29/1987 de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece en su art. 3.º, apartado a) que "*constituye hecho imponible del impuesto, la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio*". Este precepto es ratificado, en los mismos términos, por el art. 10 del Reglamento (R.D. 1.629/91 de 8 de noviembre) de la antecitada Ley. Sin embargo, no existe ninguna referencia concreta sobre la transmisión de los derechos de explotación de la creación intelectual.

Esta omisión por parte del legislador, en nuestra opinión, es coherente ya que, al tratarse de un derecho expectante, una norma de valoración concreta podría dar lugar a agravios comparativos. Ello es evidente, pues si se tomaran, p.e, los rendimientos obtenidos en los tres últimos años para capitalizar al interés legal, como hace la Ley francesa, sería injusto para las obras que alcanzan un efímero éxito.

Se ha preferido por ello, dejar dicha valoración a tenor de lo previsto en el artículo 52 de la Ley General Tributaria el cual dispone : "*1. El valor de las rentas, productos, bienes y demás elementos del hecho imponible podrán comprobarse por la Administración con arreglo a los siguientes medios*":

a) *Capitalización o imputación de los rendimientos al porcentaje que la Ley de cada tributo señale o estimación por los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal.*

b) *Precios medios en el mercado.*

c) *Cotizaciones en mercados nacionales y extranjeros.*

d) *Dictamen de Peritos de la Administración.*

e) *Tasación pericial contradictoria.*

f) *Cualesquiera otros medios que específicamente se determinen en la Ley de cada tributo.*

2. *El sujeto pasivo podrá, en todo caso, promover la tasación pericial contradictoria en corrección de los demás procedimientos de comprobación fiscal de valores señalados en el apartado anterior...*

La aplicación de este precepto tiene ventajas evidentes al dejar dicha valoración en manos de expertos y prescindir de una norma rígida que pudiera resultar sumamente injusta.

La capitalización de los derechos de explotación económica de la obra intelectual en base a los rendimientos obtenidos en los últimos años de vida del autor, tanto para la obtención de la base imponible como para el cálculo del caudal relicto, resulta sumamente arbitraria: como ya señalamos, las obras protegidas disfrutaban, en general, de beneficios económicos por un período mucho más corto que el de su vida legal⁷⁹.

En conclusión, y ante la dificultad que supone la valoración y reparto equitativo de los derechos de explotación, creemos que la solución más justa es que al efectuar la partición de la herencia se mantengan los derechos de explotación sobre la obra u obras en situación de comunidad entre los coherederos. Esta solución deja abierta siempre la posibilidad de cualquiera de los herederos ejercite la *actio communi dividundo* según el art. 400 y ss. del C.c. Naturalmente, la división de la comunidad no podrá tener lugar con una división material del bien que, como creación intelectual, es indivisible, sino mediante el reparto de las diversas facultades de utilización, debiéndose

Pero además, supone que el contribuyente podrá fijar libremente el valor que estime oportuno y sólo en caso de que sea impugnado por la Administración será necesaria la tasación pericial contradictoria.

⁷⁹ En un minucioso estudio sobre la materia, se ha observado que dada la gran variedad de obras protegibles es imposible emitir juicios que sean aplicables a todo tipo de producto intelectual, la vida económica depende del tipo de creación y de la manera en que puede ser explotada. Un comportamiento frecuente del ciclo de vida de un producto del ingenio es un rápido crecimiento que alcanza la cima por un corto período y un declive gradual. Tanto las obras literarias como las musicales pueden permanecer en relativa oscuridad por un período, hasta ser "descubiertas" y disfrutar de una rápida ascensión a la popularidad. Con ocasión de la valoración de un fondo de obras musicales bajo *copyright*, se observó como había niveles en los que obras de 40 años aún generaban beneficios, mientras que otras habían disfrutado de un breve, y algunas veces meteórica, popularidad. En otras ocasiones, canciones prácticamente olvidadas habían sido incorporadas en una película, obteniendo cierta popularidad mientras la película estaba siendo proyectada en las salas. Otras veces las ventas caían por la incorporación de la obra como música de fondo de un comercial de radio o televisión, pero como consecuencia del éxito del producto anunciado por más de 20 años, la obra continuaba produciendo *copyright royalties*. Resulta imposible predecir estos eventos, pero hay ciertas consideraciones que merecen ser estimadas como: la amplitud de la explotación (así, los personajes de tebeo que pueden ser explotados en tarjetas, jugetes, muñecos, ropa y demás), la versatilidad de la obra y la "*intemperabilidad*", pues no es lo mismo una película sobre el Watergate que otra de Walt Disney (SMITH, G. V. & PARR, R. L.: "*Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*", Ed. Wiley, New York, N.Y., 1989, pág. 316 y ss.).

proceder, en otro caso, a la enajenación del derecho de utilización en su integridad ⁸⁰. Creemos que para el caso de "copropiedad intelectual" de los coherederos sobre los derechos de explotación es de aplicación únicamente el art. 400 y no el 1.051 C.c., referido a la indivisión de la herencia, puesto que la partición de la herencia ya fue efectuada permaneciendo únicamente en comunidad los derechos de explotación de la obra u obras. El art. 1.051 sólo sería aplicable cuando el testador hubiera prohibido expresamente la división de los derechos de explotación, en cuyo caso *"tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad"*; ahora bien, con las particularidades que el objeto común le imprime.

⁸⁰ ASCARELLI, *"Tratado ..."*, cit., pág. 734.

4.- EL AUTOR ASALARIADO Y LA OBRA HECHA POR ENCARGO.

El autor asalariado ha sido definido como la persona que crea una obra del ingenio para otra en el marco de un contrato de trabajo, en relación de dependencia y a cambio de un salario⁸¹. En la misma línea, la obra hecha por encargo es la que un artista realiza por cuenta de un tercero en cumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. El denominador común entre estas figuras es el derecho del comitente a supervisar y controlar los esfuerzos del artista-trabajador en la preparación de la creación intelectual⁸². En cuanto a las diferencias, quizá la más patente sea aquella referida a la relación de carácter permanente que une al autor asalariado con su empresario, que no se extingue una vez terminada la obra, como ocurre en el marco del contrato de arrendamiento de obra.

Las leyes sobre derecho de autor, pese a la creciente importancia económica que está adquiriendo la figura del autor asalariado, dedican poca atención a la misma; así en nuestra LPI se contempla únicamente en el art. 51. Estos vacíos son cubiertos por normas sectoriales relativas a categorías especiales de obras, ejecutadas generalmente por autores asalariados, tales

⁸¹ ROUSSEL, G.: *"The Copyright of Salaried and Employed Authors. A Comparative Study of National Laws"*, Copyright, july-august, 1990, pág. 221.

⁸² GOLDSTEIN, P.: *"Copyright"*, vol. I, Ed. Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 1989, pág. 399. En el mismo sentido se manifiesta L. de SANCTIS (*"Brevi osservazioni in tema di opera dell'ingegno creata su commissione"*, IDA, 1987, pág. 151). Pero el criterio basado en la dirección del trabajo del empleado y su material subordinación al empresario ha sido exagerado. Algunos trabajadores gozan de muchísima autonomía -algunas veces completa- en el ejercicio de sus funciones profesionales: personas en puestos de alta responsabilidad, investigadores, profesores universitarios, médicos, expertos altamente cualificados, por nombrar algunos. Tales trabajadores tienen un amplio margen de iniciativa. Los empresarios no tienen que intervenir necesariamente en las creaciones (CUVILLIER, R.: *"Employment and Copyright"*, Copyright, april 1979, pág. 121 y ss.). Por tanto, el referido criterio no puede ser decisivo cuando se trata de personas altamente cualificadas. Por su parte, otros autores circunscriben la relación de subordinación al supuesto del arrendamiento de servicios, esté o no basado en una relación laboral, frente a los contratos de arrendamiento de obras que se caracterizan por su independencia (BOUTET, M.: *"Sur les oeuvres de commande"*, RIDA, núm. XII, 1956, pág. 9).

como las obras cinematográficas o las obras colectivas⁸³ y, en la medida de lo posible, por los propios contratos de trabajo o de arrendamiento de obra.

Al estudiar las obras colectivas, tuvimos ocasión de contemplar algunos aspectos de las obras creadas en el marco laboral y de las obras hechas por encargo. Nos corresponde ahora acentuar los matices relativos a la concurrencia entre los derechos del autor y los derechos del empleador o del comitente sobre la obra creada en el marco de los referidos contratos, centrándonos, especialmente, en aquéllos supuestos en los cuales la autoría del autor asalariado es individual y no se ve diluida por la concurrencia con otros autores coordinados por la persona que promueve la obra.

Como consecuencia de la inalienabilidad de las facultades morales, ni el empresario del autor, ni el cesionario por cualquier otro título traslativo, adquieren el contenido de las referidas facultades morales que permanece en manos del autor⁸⁴. Por esta razón, se ha manifestado como al ser incedible el derecho moral de autor, elemento constitutivo esencial de la propiedad intelectual, tampoco ésta *in complexu* puede ser objeto de enajenación, pudiendo sólo constituirse como *iura in re aliena*⁸⁵. En estos casos, no estaríamos ante situaciones de cotitularidad sino ante derechos reales limitados⁸⁶.

⁸³ En este sentido, BARTA, J.: "Le droit d'auteur et la créativité d'employé", RIDA, núm. 121 (1984), pág. 73 y ss. Vid. también, FABIANI, M. ("I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno. Arti figurative, cinema, editoria, informatica, musica, radio e televisione, teatro", Ed. Guiffre, Milano, 1987, pág. 257).

⁸⁴ Por razón de la inalienabilidad de los derechos morales, se ha señalado que la libertad contractual juega un papel limitado (PLAISANT, R.: "The Employee-Author and Literary and Artistic Property", Copyright, october 1977, pág. 276).

⁸⁵ LACRUZ, "Comentario al artículo 2.º" cit., pág. 42. Pero esta imposibilidad de transmisión absoluta no es universal. En los países que no reconocen el derecho moral de autor cabe que el empleador se subroge en la posición que ocupaba el autor asalariado.

⁸⁶ Ha sido admitido también como recurso analógico, el recurso al concepto del usufructo, cuando el derecho de utilización sea concedido en su integridad por un período de tiempo distinto al legalmente establecido para el derecho patrimonial, en cuyo caso tendrá la constitución de un derecho real derivado, pero sin que ello implique la aplicación de todas las

Pero, las relaciones sumamente complejas que existen entre los autores y los empresarios hacen que algunas de las facultades morales sean difuminadas por el poder de dirección del empleador, pues la dependencia que tiene el autor hace que, p. e., su derecho a la integridad de la obra se vea constreñido por la necesidad de adecuar la obra a las exigencias del empresario⁸⁷. Sería inaceptable admitir una situación tan precaria que permitiera un campo de arbitrariedad o incluso de actuación abusiva al autor⁸⁸. Desde otra perspectiva, las facultades morales de los autores no existen con anterioridad a la creación de la obra del ingenio y el autor puede, previamente, consentir por medio de un contrato, limitar su libertad de creación sometiéndose a obedecer los imperativos del encargo⁸⁹.

Completamente distinto es el caso en el que con posterioridad a la

reglas del usufructo. Muchas reglas del usufructo resultan inaplicables al derecho de utilización de la obra del ingenio; así, en materia de mejoras y adiciones, en lo que respecta a la misma obligación de respetar el destino económico y al propio concepto de fruto... (ASCARELLI, "Teoría de la concurrencia...", cit., pág. 730 y ss.).

⁸⁷ Sobre este aspecto, se ha dicho con razón que, salvo algunas excepciones, con sólo la cesión de los derechos patrimoniales de la obra, el empresario no estaría suficientemente armado, ya que ciertas prerrogativas comprendidas en el derecho moral le son absolutamente esenciales para la explotación exitosa de la obra (VINCK, K.: "Die Rechtstellung des Urhebers im Arbeits- und Dienstverhältnis", Berlin, 1972, recensión de MELAS, V.Th.: "Le droit des journalistes. Quelques-unes de ses particularités", RIDA, no. 119, 1984, pág. 159). En este mismo sentido, observa BONDIA como la aplicación pura y simple de la inalienabilidad de las prerrogativas del derecho moral del autor haría prácticamente inexplorable las obras creadas por el autor asalariado, pues bastaría invocar la facultad de no permitir la publicación de su obra para que quedaran inválidas las convenciones libremente consentidas en el contrato de trabajo. Por eso, añade este autor, se impone una atenuación de las prerrogativas del derecho moral de autor después de la transmisión de los derechos patrimoniales al empresario, en la medida que con ello se consiga conciliar los derechos inherentes a la personalidad del autor y las necesidades inherentes a la explotación normal de las obras ("Los autores asalariados" cit., pág. 425).

⁸⁸ PLAISANT, "The Employee-Author..." cit., pág. 277.

⁸⁹ Así lo estimó la Corte de Casación francesa (1^{er} ch. civ., du 7 avril 1987, Etat gabonais c./ Antenne 2). Pero se ha señalado como, con ello, no se atenta contra el derecho moral de los autores, que aún no ha nacido, sino que suponen meras quiebras a la libertad de creación (DERIEUX, E.: "Oeuvre de Commande liberté de création et droit moral d'auteur", RIDA, n.º 141 (1989), pág. 211 y ss.). DERIEUX, sin embargo, al final de su estudio, parece retroceder en sus planteamientos, al señalar que, coexistiendo el nacimiento de los derechos morales con la creación de la obra, éstos no se pueden ver constreñidos por una renuncia anticipada de las facultades morales.

aceptación de la obra encargada, el empresario decidiera adaptarla, para su adecuación a otras necesidades. En este caso, salvo que exista cesión expresa del derecho de transformación, el empresario no podrá alterar la obra que encargó.

Dejando a un lado la permanencia de los derechos morales en cabeza del autor, hemos de profundizar sobre la posibilidad de concurrencia de los derechos de explotación entre el autor y el comitente. En una primera aproximación, parece posible que el autor conserve también algunos de los derechos patrimoniales sobre la obra, incluso cuando se trate de una cesión en exclusiva. Es el caso, p. e., del derecho de colección, contemplado en el art. 22, que requerirá de una cesión expresa o de la intransmisibilidad de los derechos de explotación de las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión (art. 43. 5 LPI). Para una mayor claridad expositiva estudiaremos separadamente estos tipos de obras.

4.1.- Las obras creadas por autor asalariado.

Dentro de los autores asalariados vamos a incluir aquellos autores que, sin mediar una relación laboral *strictu sensu*, se benefician de la condición de empleado a los cuales se encuentran asimilados. Es el caso, p. e., de los colaboradores externos de un periódico que gozan de los mismos derechos concernientes a la remuneración, cobertura social, vacaciones pagadas...⁹⁰. Por el contrario, pensamos que no cabe dentro de este concepto el llamado *contrato de mecenazgo*⁹¹.

⁹⁰ FRIEDMAN, M.: "*Libetés et responsabilités des journalistes et des auteurs*", Ed. Les Guides du Centre de Formation et de perfectionnement des journalistes, Paris, 1988, pág. 27.

⁹¹ Según este contrato, un marchante y un artista acuerdan que, durante un período determinado, aquél obtiene el derecho a ser el primero en ver la producción, a cambio de una remuneración mensual sobre el valor del producto de la venta, siendo liquidadas las cuentas periódicamente. Se ha señalado como este contrato es una obligación puramente contractual relativa al derecho de las obligaciones (DUMAS, "*La Propriété littéraire....*", cit., pág. 289).

4.1.1.- Adquisición originaria del autor.

Para abordar el problema que nos ocupa, hemos de comenzar por determinar a quién corresponde la propiedad intelectual a título originario sobre la obra del ingenio.

En nuestra tradición continental, el empresario no adquiere el derecho de autor *ab initio*, sino que únicamente adquiere un derecho a título derivativo. Se convierte en el titular de determinados derechos de explotación, pero no puede obtener las prerrogativas morales del derecho de autor. Además, el empleador ostenta sólo ciertos derechos dentro del campo de utilización de sus actividades y cualquier explotación más allá de dicho marco, debe obtener primero el consentimiento del autor que, generalmente, estará investido del derecho a percibir una remuneración por tales explotaciones. Esto es tanto como reconocer que los empresarios adquieren únicamente ciertos tipos de explotación⁹².

La adquisición de los derechos de utilización económica a favor del comitente o del empresario se produce, pues, a título derivativo⁹³, porque

⁹² ROUSSEL, G.: "The Copyright of Salaried and Employed Authors. A Comparative Study of National Laws", Copyright, july-august 1990, pág. 222. ROGEL, durante la vigencia de la antigua Ley, analizaba conjuntamente propiedad intelectual e industrial, considerando de aplicación "mutatis mutandis" las normas relativas a las "invenciones del asalariado", al exceptuar de la atribución originaria del derecho inmaterial a la persona física del autor cuando la creación se producía bajo régimen laboral ("*Autores, coautores y propiedad intelectual*", Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 73 y ss.).

⁹³ Sin embargo, GRECO e VERCELLONE propugnan, basándose en la concepción dualista del derecho de autor, concebir una hipotética adquisición originaria únicamente de los derechos de utilización económica en cabeza del comitente, reservando necesariamente al autor la adquisición originaria de los derechos de autor ("*I diritti sulle opere dell'ingegno*", Ed. U.T.E.T., Torino, 1974, pág. 255 y ss.). Pero, como se ha señalado, esta dicotomía genética del derecho de autor no se puede justificar y contrasta con la estrecha interconexión entre la esfera de los derechos morales y la de los derechos patrimoniales (L. de SANCTIS, *op. cit.* últ., pág. 148).

titular originario de tales derechos únicamente puede serlo el autor⁹⁴. Este es un principio ineludible de orden jurídico que no puede sufrir derogaciones o limitaciones que no hayan sido previstas legislativamente, como en el caso del productor de la obra cinematográfica o el editor de la obra colectiva⁹⁵. Por tanto, la adquisición a favor del comitente o empresario se produce como consecuencia del contrato, efecto que es sustancialmente idéntico a los demás actos de transmisión de los derechos patrimoniales de autor⁹⁶. Pero, para que el derecho, si bien a título derivativo, corresponda al patrono deberá poder incluirse, como objeto del contrato, la propia actividad creadora de obras del ingenio⁹⁷.

La adquisición originaria en cabeza del autor supone que no haya una excepción al principio establecido en el art. 5.º LPI que considera autor a la persona natural. Aunque se produzca la transmisión presunta por aplicación del art. 51. 2, el transmitente, el disponente, es el trabajador⁹⁸. El empresario no necesita ser el titular originario de los derechos de autor pues puede proveerse a sí mismo de las facultades necesarias por vía contractual⁹⁹.

La adquisición *ab origine* del autor va en contra, sin embargo, de los

⁹⁴ SANCTIS, V. de: "Relazione al Convegno sui problemi giuridici delle opere create su commissione", IDA, 1967, pág. 154. La doctrina española también es partidaria de esta postura; véase, p.e., BONDIA, "Los autores asalariados" *cit.*, pág. 422.

⁹⁵ Lorenzo de SANCTIS, "Brevi osservazioni..." *cit.*, pág. 148 y ss. Cuando el legislador ha querido atribuir directamente al "no-autor" la titularidad originaria de los derechos de utilización económica lo ha hecho mediante previsión expresa.

⁹⁶ FABIANI, "I contratti di utilizzazione..." *cit.*, pág. 258 y 259 y, del mismo autor "Diritto di autore" (voz), en "Novissimo Digesto", Appendice, vol. II Cog-Dir, Ed. U.T.E.T., 1980, pág. 1.119.

⁹⁷ ASCARELLI, "Teoria de la concorrenza..." *cit.*, pág. 732. En caso contrario, la creación de la obra cae fuera del marco del contrato de trabajo y, por consiguiente, la creación será libre. En este sentido véase BARTA, *op. cit.*, pág. 101 y ss.

⁹⁸ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 51" *cit.*, pág. 763.

⁹⁹ LIMPERG, Th.: "Employees' Rights in thier Capacity of Authors", Copyright, september 1980, pág. 299.

principios básicos admitidos por la doctrina iuslaboralista, según los cuales la titularidad de los resultados del quehacer de los empleados se atribuye directamente al empresario¹⁰⁰.

De la adquisición derivativa por parte del empresario se deduce una consecuencia de gran importancia: al adquirir éste los derechos de utilización económica por medio de contrato, para que se produzca la transmisión de los derechos de utilización económica es necesaria la *tradición*¹⁰¹ de la obra. Y, a su vez, para que pueda haber tradición es necesario que la obra del ingenio haya sido efectivamente creada¹⁰².

¹⁰⁰ DESANTES GUANTER, J. M.: "Los derechos de autor sobre el material publicado en prensa", RGLJ, 1975, 1, pág. 47 y ss. Esto es, el contrato de trabajo, en puridad, es una relación jurídica por virtud de la cual los frutos del trabajo pasan, "*ab initio*", desde el momento mismo de su producción, a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador. El contrato de trabajo es el título determinante de la ajenidad de los frutos del trabajo en régimen de trabajo libre. En este sentido, se ha señalado que en virtud de la ajenidad, definidora y esencia misma del contrato de trabajo, éste es un modo originario de adquirir la propiedad por un ajeno distinto de quien trabaja y, si se quiere, el modo de adquisición *originario* característico de nuestra cultura, tan alejada ya de las apropiaciones por primera ocupación en estado de naturaleza (ALONSO OLEA, M. & CASAS BAAMONDE, M.^a E.: "Derecho del Trabajo", 13.^a edición revisada, Ed. Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Madrid, 1993, pág. 55).

¹⁰¹ En este sentido, observa FABIANI como los derechos de utilización dentro de los límites del objeto y de la finalidad del contrato se transmiten al comitente con la entrega de la obra ("*I contratti di utilizzazione...*" cit. pág. 267). En la misma línea, la sentencia de la Pretura de Roma, (28 julio 1986 -Pret. Velardi-Moriconi c. Action Prod. Cinem. e Audiovisivi s.r.l.) en un caso de contrato de arrendamiento de servicios para la realización de unos fragmentos musicales con fines publicitarios, estimó que el contrato de cesión había encontrado su ejecución, de una parte por la puesta a disposición de la obra, de otra por la existencia de una contraprestación (o de parte de la misma, pues el autor no había recibido el precio total; pero, como se señala en la propia sentencia, ello no podría cambiar la solución en esta sede). La crítica a esta sentencia ha venido de parte de otro de sus aspectos: la adquisición originaria de los derechos de utilización económica en cabeza del empresario (vid. DE SANCTIS, "Brevi osservazioni..." cit. pág. 146 y ss.) . Por su parte, RODRIGUEZ TAPIA, observa como para determinar el comienzo de la transmisión, en primer lugar habrá que estar a lo pactado y en su defecto al momento de la entrega de la obra creada en virtud de la relación laboral (op. cit., últimamente, págs. 805 y ss.).

En nuestra opinión, el acuerdo con la posibilidad de la *traditio ficta* (arts. 1.462, 2.º y ss. del C.c.), no supone una excepción a la necesidad de entrega de la obra.

¹⁰² La transmisión sólo puede predicarse de obras ya creadas, pues aunque es posible teóricamente la transmisión "anticipada de derechos", eso no quiere decir que los derechos han sido transmitidos antes de que nazca la obra. Podría hablarse en tal caso de expectativas (*ibidem*).

En apoyo de nuestra teoría, tenemos además que no en vano, el art. 51.2, al señalar el alcance de los derechos transmitidos en base a la actividad habitual del empresario, toma como referencia *el momento de la entrega de la obra realizada*.

En cuanto al supuesto en el cual la entrega no se haya efectuado por negativa injustificada del empleado, cabe preguntarse si se deben considerar transmitidos los derechos desde el momento efectivo de la entrega o desde que ésta debió realizarse. Nos enfrentamos ante un vacío legal difícil de llenar. Según la teoría general de las obligaciones parece que hasta que no se verifique la entrega, el empresario no tendrá más que unos derechos de crédito, pero no reales; en cambio, de acuerdo con la normativa laboral, el empresario adquiere *ex lege* la propiedad sobre la creación.

En nuestra opinión, la normativa civil ha de prevalecer sobre la laboral pues la especialidad que impone el objeto (la creación intelectual) prima sobre la legislación especial impuesta por el sujeto (autor asalariado). Además, la referida adquisición *ex lege* por parte del empresario ya ha sido excluida en el sentido de que la adquisición originaria se produce únicamente en cabeza del autor. La consecuencia más relevante será que en caso de incumplimiento por parte del autor asalariado, el empresario únicamente podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pero no la entrega de la creación intelectual realizada en el marco de la relación laboral.

El momento de la entrega de la obra al empresario puede ser equiparado al momento de introducción en el comercio, razón por la cual el ejercicio del derecho al inédito equivaldría al derecho de arrepentimiento y como consecuencia, el autor tendría que indemnizar previamente si se arrepintiera antes del momento de la divulgación.

El sistema anglosajón, por el contrario, considera que *el empresario es el creador y consecuentemente el titular originario del copyright sin necesidad*

de que haya transmisión *ope legis*. No obstante, tanto la concepción latina como la anglosajona, permiten al autor y al empleador adoptar cláusulas contractuales que se aparten de lo establecido en las respectivas legislaciones¹⁰³. Por eso sus defensores sostienen que con dicha presunción no se persigue favorecer al empresario con respecto al empleado, sino que la ficción de considerar al empresario como autor ha sido utilizada por causa de comodidad y sencillez¹⁰⁴.

La tesis que mantiene la adquisición a título originario por parte del empresario de los derechos de explotación de la obra está basada en que la obra del empleado es la contraprestación que ha de pagar por el salario que cobra. En cierto modo, podríamos referirnos aquí a un nuevo aforismo: "*non stipendium in idem*". Iría en contra del principio de equivalencia de las prestaciones: el sueldo ya remunera al autor por sus ideas y creaciones.

Como protección al empresario frente a la adquisición de la titularidad del derecho en cabeza del autor, se arbitra el recurso a la "adquisición automática aunque derivada" del empresario sobre los derechos de explotación económica. El empresario realiza unas inversiones, ofrece oportunidades de empleo creativo que no existirían de otra forma, organiza la producción de los materiales de trabajo, la distribución y el *marketing*. Es natural que puedan entonces utilizar libremente las obras que han sido desarrolladas gracias a ellos, y que esperen una recompensa razonable por el riesgo que toman¹⁰⁵.

En los países de la órbita anglosajona el titular originario es directamente el empleador, salvo pacto en contrario. Pero sobre unas bases

¹⁰³ BONDIA ROMAN, F.: "*Los autores asalariados*", Ed. Cívitas, REDT, núm. 19, julio/septiembre 1984, pág. 424.

¹⁰⁴ NIMMER, "*Nimmer on Copyright*" cit., vol. I, pág. 1.06 (C).

¹⁰⁵ CUVILLIER, *op. cit.*, pág. 116.

bastante distintas, la jurisprudencia francesa sigue la misma línea¹⁰⁶, abanderada de la tradición continental¹⁰⁷; la adquisición del empresario es a título derivativo pero a falta de pacto escrito se presume que hubo cesión.

Nuestra LPI, siguiendo la concepción más avanzada, establece en su art. 51.2, a falta de pacto, una presunción de cesión de los derechos de explotación a favor del empresario con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad. Esta presunción es *iuris tantum* y, en consecuencia, admite prueba en contrario (art. 1.251 C.c.). Con ella se trata de evitar los inconvenientes que, en la explotación de las obras mencionadas, se podrían derivar para el empresario y el productor de mantener en todo su vigor el derecho exclusivo de los autores¹⁰⁸.

Entendemos que la presunción en favor del empresario a falta de pacto escrito, no deroga el principio sentado por el art. 45 LPI según el cual toda cesión deberá formalizarse por escrito y, en su defecto, el autor podrá optar por la resolución del contrato¹⁰⁹. Esto es, el contrato de cesión será el contrato de trabajo que deberá ser formalizado por escrito, no sólo por exigencia del art. 8.º2 del ET, (cuya exigencia formal no es *ad solemnitatem* puesto que la falta de forma no genera la ineficacia del contrato, sino la mera presunción de que éste se ha "*celebrado por tiempo indefinido*", que lo que hace es cargar

¹⁰⁶ PLAISANT, "*The Employee-Author...*" cit., pág. 277 y 278.

¹⁰⁷ En este sentido, DESBOIS pone de manifiesto la arraigada conciencia de que el contrato de trabajo transmite al empleador, por el sólo hecho de su conclusión los derechos patrimoniales correspondientes a la creación ("*A propos d'un arrêt relatif aux créations d'auteurs salariés*", RIDA, n.º 87 (1976), pág. 89). La ley francesa del 57, en su art. 1.º 3 dispone que: "*La existencia o la conclusión de un contrato de arrendamiento de obra o de servicios por el autor, no conlleva ninguna derogación del goce del derecho reconocido en el párrafo primero*". Por ello, no juega la presunción de cesión a favor del empleador, sino que ha de existir pacto escrito de cesión.

¹⁰⁸ DELGADO PORRAS, "*Panorámica...*" cit., pág. 40.

¹⁰⁹ DELGADO PORRAS observa como esta posibilidad será bastante utópica mientras dure la relación de empleo (*op. cit.*, pág. 42). Pero en este punto, el autor se encuentra en una situación muy parecida a la de cualquier otro trabajador cuyo empresario se niegue a formalizar su contrato por escrito.

sobre el empresario la prueba de la temporalidad¹¹⁰), sino también por la irrenunciabilidad del art. 45, pues si el autor optara por la resolución del contrato ésta tendría eficacia retroactiva.

En conclusión, podríamos decir que mientras la falta de pacto escrito acerca del alcance de la cesión pesa sobre el autor, la prueba de la existencia del contrato de trabajo recae, en cambio, sobre el empresario¹¹¹.

El artículo 51 trata de conciliar los derechos intelectuales y dominicales, sin alterar la normativa laboral española¹¹², de manera similar a como el artículo 56 LPI trata de diferenciar los derechos del adquirente del soporte material de una obra y los del autor¹¹³.

¹¹⁰ ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pág. 200 y ss.

¹¹¹ La Sala de lo Penal de la Corte de Casación francesa, en sentencia de 11 de abril de 1975 (Gaz. Pal., 1975, 2, 782) referente a la reproducción no autorizada por un empleado ocasional de uno de los diseños de sus bolsos que había sido rechazado por el empresario, se estimó que el demandado no estaba obligado a demostrar que el empleador se había desinteresado del modelo, pues en ausencia de instrumento escrito, este derecho no había sido transferido al empresario (DESBOIS, "A propos d'un arrêt ..." *cit.*, pág. 89). La prueba sobre la existencia del contrato deberá comprender que la causa de dicho contrato consiste en la actividad creativa del autor empleado y no en cualquier otra actividad.

¹¹² Así, según el art. 51 el empresario que encarga una obra al autor asalariado para su difusión interna no adquiere ningún derecho de explotación económica, fuera del ámbito de reproducción para fines privados dentro de su propia empresa.

¹¹³ Dicha conciliación se consigue a través de una triple función:

- Estableciendo (o recordando) un principio: si nada se pacta, el empresario adquiere los derechos de explotación, en coherencia con su derecho a los frutos reconocido por la norma laboral vigente.

- Respetando igualmente otro principio: la autonomía negocial.

- Estableciendo una serie de límites tanto al alcance de la adquisición *ope legis* como a la convencional: los derivados de la propia LPI (indisponibilidad de derechos morales) y los que establece de forma explícita la norma del artículo 51: la actividad habitual del empresario marca el alcance de la transmisión, si la hubiere (RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 51", *cit.*, pág. 763 y ss.).

No podemos estar de acuerdo en esto último, pues según la dicción del art. 51.3, el empresario no podrá utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo dispuesto en los dos apartados anteriores. Esto es, puesto que el art. 51.2 es de régimen dispositivo, que la explotación haya sido cedida "con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario" puede haber sido objeto de pacto en contrario. De hecho, más adelante este autor rectifica su postura al señalar que por cesión convencional puedan transmitirse derechos al empresario sobre las obras creadas en su empresa que no estén dentro de su negocio habitual (pág. 782).

De una forma u otra, la mayor parte de los autores han sostenido que los derechos de utilización económica de la obra creada en el marco de un arrendamiento de obra o de servicios son adquiridos por el empleador; ya sea porque tal adquisición suceda a título originario como efecto directo e inmediato del contrato de trabajo (sistema anglo sajón), ya como efecto del sometimiento al negocio traslativo de los derechos, originariamente surgidos en cabeza del autor (sistema continental)¹¹⁴.

Finalmente, otro de los puntos que se han de dilucidar es el relativo a la propiedad de los apuntes, bocetos y proyectos. En principio, pudiera parecer que tratándose de una relación laboral dichos bocetos estarían cedidos en exclusiva al empresario con el alcance necesario para el ejercicio de su actividad habitual (art. 51.2). Sin embargo, aquí entran en juego distintos tipos de consideraciones: de una parte, habrá que tener en cuenta los derechos morales del autor, especialmente, el derecho a decidir sobre la divulgación de su obra; de otra, si decíamos que la adquisición del empresario es derivativa para que éste adquiera derechos de explotación sobre los bocetos, será necesario no sólo el pacto expreso sino además que haya tradición¹¹⁵. Más difícil será determinar la titularidad de los bocetos cuando el empleador haya participado activamente en las labores de creación y dirección. Se podrá apreciar, incluso, la existencia de una obra colectiva o una verdadera obra en colaboración, -por consiguiente, se aplicarán sus normas específicas-, pues en estos casos no se puede delimitar exhaustivamente el alcance de cada aportación.

¹¹⁴ OPPO, G.: *"Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica"*, RDC, 1969, I, pág. 15.

¹¹⁵ Sobre este aspecto señala BOUTET que, a falta de pacto expreso, el artista permanece como propietario de los apuntes, dibujos y planes, con la única obligación de no hacer reproducir para otro -con ayuda de dichos apuntes- la obra creada para un primer beneficiario (*op. cit.*, pág. 13). Por nuestra parte, consideramos que los límites han de buscarse en la competencia desleal y, en tanto se trate de autores asalariados, por el carácter de *exclusiva* de la cesión.

4.1.2.- Concurrencia de los derechos de explotación del autor y del empresario.

Antes de entrar en la concurrencia de los derechos entre autor y empleador hemos de hacer una breve referencia a la multitud de combinaciones que dentro de las distintas posibilidades de cesión se pueden presentar en la relación laboral. Los derechos cedidos y las modalidades de explotación podrán variar dependiendo no sólo de la existencia de pacto, y del alcance de éste, o de la cesión exclusiva *ope legis*, sino también de la actividad habitual del empresario y del propio contenido del contrato de trabajo (obligaciones del autor asalariado); todo ello, deberá ser conjugado, a su vez, con los límites que la LPI establece para las cesiones de los derechos de autor.

Los derechos de explotación pueden ser divididos y puestos a disposición del empresario de acuerdo con el espacio geográfico, el tiempo y el método de utilización. En la práctica, se deberá apreciar caso por caso la extensión de la titularidad que cada empresario ostenta o si los referidos derechos permanecieron o revirtieron al autor-empleado¹¹⁶.

4.1.2.1.- Cesión legal.

La norma dispositiva contenida en el art. 51. 2 puede entrar en juego ya porque no exista pacto de ningún tipo, ya por que por muy detallado que sea el contrato de trabajo será frecuente que queden extremos que hayan de ser colmados o incluso porque exista una coincidencia entre lo pactado y dicha norma.

¹¹⁶ LIMPERG, "*Employees' Rights...*" cit., pág. 297.

4.1.2.1.1.- Presunciones legales: cesión en exclusiva y alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario.

El art. 51.2 ofrece dos presunciones para determinar el alcance de los derechos que adquiere el empresario. En primer lugar, determina que la adquisición es en exclusiva, lo cual supone que los derechos concretos que el empresario adquiere presentan un carácter monopolístico. En segundo lugar, hace referencia a cuáles son dichos derechos. Esto es, mientras que la primera está referida al carácter del derecho adquirido, la segunda hace mención al alcance de los mismos.

Sentado lo anterior, esta norma dispositiva puede entrar en juego no sólo cuando en el pacto únicamente consta que se trata de una "cesión en exclusiva", en cuyo caso falta por determinar qué derechos han sido cedidos, sino también cuando solamente se dispuso acerca de los derechos cedidos sin precisar el carácter de la cesión¹¹⁷.

De esta manera, la cesión legal prevista en el art. 51.2 se presume realizada en exclusiva a favor del empresario. Dicha cesión en exclusiva no significa que el cesionario, en este caso el empresario, se subroga en la posición que el autor ostentaba respecto de los derechos de explotación económica tal y como están descritos en los arts. 17 a 22 de la LPI, ya que únicamente adquirirá aquéllos que sean necesarios para el ejercicio de su actividad habitual.

La exclusiva añade a los derechos propios de la cesión el de adquirirlos y ejercerlos en posición de monopolio, mediante la imposición al cesionario de una obligación de no hacer: no explotar personalmente la obra,

¹¹⁷ Además habrá que tener en cuenta que el mejor criterio interpretativo para valorar el alcance del pacto es, como propugna CAVANILLAS MUGICA, el acorde con el empleo de elementos de interpretación subjetiva (arts. 1.282 y 1.285 C.c.), destinados a investigar la voluntad de los contratantes. Se suple, así, la desigualdad técnico-jurídica del autor frente al empresario ("*Comentario al artículo 48*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 730 y ss.).

ni ceder a terceros los derechos de explotación¹¹⁸. Esta nota monopolística es congruente con la obligación impuesta por la legislación laboral (art. 5.º ET) que proscribe la concurrencia desleal del empleado con el patrono durante la vigencia del contrato de trabajo e incluso dos años más.

El autor asalariado conserva, en principio, mientras no se pacte lo contrario, el derecho a utilizar la obra creada en el curso de su empleo para otros fines distintos de aquellos que constituyen la actividad habitual del empresario en el momento en el que se perfeccionó el contrato¹¹⁹. Este criterio ha sido seguido por el art. 51.2 que sienta su presunción de cesión sobre la actividad habitual del empresario.

Los derechos de explotación han de ser considerados a la luz del art. 17 y ss. de la LPI, pero también conforme a las distintas modalidades de explotación de cada uno de ellos.

Dentro de la actividad habitual no deben ser incluidos los casos dudosos, o límites puesto que los "peligros" de que el trabajador conserve derechos en su mano mientras el empresario tiene otros sobre la misma, se evita acudiendo, si hiciera falta, a la prohibición de concurrencia establecida por el Estatuto de los Trabajadores¹²⁰.

Aquellas utilizaciones que caen fuera del campo de la actividad habitual del empresario no deben causarle, en principio, ningún perjuicio. Incluso

¹¹⁸ CAVANILLAS MUGICA, *ibidem*.

¹¹⁹ BONDIA ROMAN, *op. cit.* últimamente, pág. 426. Nótese que estas palabras fueron escritas estando vigente la centenaria Ley de 1879.

¹²⁰ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, últimamente, págs. 782-783. Otro valioso medio para delimitar la extensión de los derechos de utilización económica adquiridos por el empresario es la teoría conocida en Alemania como la "*Zweckübertragungstheorie*". En esta doctrina, el *objetivo* apuntado por el consentimiento mutuo de las partes es decisivo; y en caso de duda, se asume que el autor asalariado no deseaba ceder más derechos que los necesarios para alcanzar su propósito (LIMPERG, *op. cit.*, pág. 297).

pueden reportarle beneficios. Sin entrar en discusiones aparentemente irresolubles de la "*cake theory*", parece claro que, en ciertos casos, la utilización de aprovechamientos de la obra que no corresponden a la actividad del empresario puede alzar las ventas en otras modalidades al revelarla al público en general¹²¹.

4.1.2.1.2.- Ambito temporal y espacial de la cesión.

En relación al ámbito temporal y espacial de la cesión, hemos de preguntarnos cuál es la norma que debe ser aplicada: si la contenida en el art. 51.2, relativa a la actividad habitual del empresario, o la prevista por el art. 43.1 y 2 LPI, el cual limita la cesión a las modalidades *expresamente previstas* y al tiempo y al ámbito territorial que se determinen, presumiendo *iuris et de iure* que la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y el ámbito territorial al país en el que se realice la cesión¹²². Este aspecto cobra especial importancia cuando el empleador sea una empresa multinacional.

Creemos que la interpretación adecuada, de acuerdo con el carácter de disposición general del art. 43 frente al carácter especial del art. 51, es considerar de aplicación éste último, en base al principio *lex specialis*.... Pero, en cualquier caso, si se deduce que fue otra la voluntad de las partes, habrá que estar a lo dispuesto en dicha voluntad tácita.

¹²¹ CUVILLIER, "*Employment and Copyright*" cit., pág. 124.

¹²² En cuanto al ámbito espacial, se ha señalado como, la diferencia de regímenes en nuestros países vecinos sobre la titularidad de las obras creadas por autores asalariados creará dificultades en más de una ocasión para el reconocimiento exterior de pactos que contrarían el derecho de autor interno, pues no parece lo mismo que un Juez admita la validez de un pacto entre dos extranjeros (empresario y trabajador) a que admita la validez de una presunción legal contraria a la presunción que su propia ley establece (RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pág. 804 y ss.). Podríamos añadir que este problema se verá agudizado cuando la protección que la Ley nacional dispense al autor sea calificada como norma de orden público, causa que el Derecho internacional privado reconoce como legítima para aplicar la ley propia.

En cuanto al ámbito temporal, *ut supra dictum est*, el momento en el que se verificaba la transmisión de los derechos de utilización económica coincide con la entrega de la obra. Falta ahora por señalar cuándo se extingue la transmisión, momento en el que los derechos de utilización revertirán ya en el autor o sus causahabientes, ya en los sucesores del empresario. La cesión podrá finalizar en los casos siguientes:

- a) Por el transcurso del plazo legal o convencionalmente establecido.
- b) Por disolución o sucesión de la empresa.
- c) Por no la explotación de la obra.

a) Parece que dentro del plazo expresamente pactado, cabe que éste sea tanto de duración más extensa como más breve que la relación laboral (así, un colaborador asalariado de una publicación periódica que únicamente ceda el derecho de inserción).

En cuanto al plazo dispositivo, habrá que entender que entra en juego el art. 43.2 LPI, según el cual la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años, siempre dentro de los límites de los dispuesto por el art. 55 LPI. Algunos autores¹²³, estiman razonable que la cesión se extienda en tanto subsista la relación laboral, porque el art. 51 supone una excepción al régimen general de las transmisiones y porque la propia legislación laboral prohíbe la práctica de la competencia al empresario durante la vida del contrato de trabajo, permitiendo que el pacto de no competencia dure hasta dos años después de extinguido el contrato de trabajo (art. 21.2 ET).

Ahora bien, en nuestra opinión, no se pueden confundir las obligaciones impuestas por el Derechos del trabajo y la titularidad sobre los derechos de utilización derivados del Derecho de autor: que el autor no pueda explotar aquéllas utilizaciones de la obra que concurren con su empleador no

¹²³ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* últimamente, pág. 807.

significa que dichas titularidades correspondan al empresario. Esta misma situación de posibilidad de competencia con el empresario puede presentarse, incluso, respecto de derechos no cedidos al empleador y que, sin embargo, su explotación suponga una deslealtad. Así, p. e., si el autor asalariado cedió únicamente el derecho de inserción por entregas de una novela y pretende editarla en su totalidad, o en colección antes de que el periódico haya publicado la última entrega.

Siguiendo esta misma línea, se ha señalado también, como causa de extinción de la transmisión la extinción del contrato de trabajo¹²⁴. Ahora bien, nos parece que no se puede hacer depender la duración de los derechos de utilización de la extinción del contrato de trabajo. Admitir la extinción del contrato como causa de extinción de la transmisión, equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes. Condicionando el plazo de duración a la subsistencia de la relación laboral lleva al absurdo de que cuando un autor asalariado se jubile o se despida, sus obras, incluso las más recientes, le revertirían sin posibilidad para el empresario de recuperar su inversión.

b) La extinción de la cesión por disolución de la empresa (art. 49), siempre y cuando no se dé el supuesto contemplado en el art. 49, III LPI, es consecuencia de la nota de *elasticidad* que tiene la propiedad intelectual, pues el autor recupera todas las modalidades de ejercicio que habiendo sido comunicadas a otro quedan vacantes. En el supuesto de que se verifique una transmisión por disolución o un cambio de titularidad de la empresa, el nuevo empresario únicamente adquirirá los derechos de explotación acordes con el contrato de trabajo del autor asalariado o, en su defecto, de la actividad habitual del primitivo empresario. Esto es así en base a la regla *nemo plus iuris, ad alium transferre potest, quam ipse haberet*.

¹²⁴ RODRIGUEZ TAPIA, *ibidem*; si bien, más adelante, (nota 42) precisa que la extinción del contrato de trabajo no acarrea necesariamente, la extinción de la exclusiva del empresario.

Desde nuestro punto de vista es indiferente la actividad del nuevo empresario. Puesto que lo que el art. 49, III persigue es asegurar la subsistencia de la empresa, es perfectamente admisible que la empresa editorial sea embargada y ejecutada por un Banco y que sea subastada con posterioridad, conservándose los derechos de utilización de las obras creadas en el marco de la relación laboral con independencia de que el nuevo empresario se subrogue como empleador del autor.

c) Obligación de explotar la obra. La regla es tan lógica que ha sido aceptada sin objeciones en todas las legislaciones nacionales¹²⁵. Sin embargo, es difícil, en el marco de las relaciones laborales, concebir la posición del trabajador como cedente del artículo 48, frente al empresario, por la no explotación de la obra¹²⁶. Según el art. 48, II, el cesionario en exclusiva está obligado a poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate.

Al abordar este tema dentro de las obras colectivas vimos como la negativa a explotar del empresario podía obedecer a razones de oportunidad comercial que deben ser respetadas. En cuanto al caso de los periodistas asalariados, el autor podrá disponer libremente de su obra, si ésta no se reprodujese en el plazo de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o el de seis meses en las restantes (art. 52, II).

En nuestra opinión, no estamos ante un supuesto propio de extinción de la transmisión; no se produce una reversión total de los derechos de explotación cedidos. Dado que la obligación de explotar está contenida

¹²⁵ PLAISANT, *op. cit.*, últimamente, pág. 279.

¹²⁶ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.*, pág. 796 y ss. Aunque en casos extremos, -añade-, se podría admitir el ejercicio de la acción que parece conferir el artículo 48. El Tribunal, examinadas las circunstancias podría llegar a devolver la obra no explotada por el empresario al autor asalariado si una interpretación armónica de los artículos 52.2 y 48 lo permite.

únicamente en el art. 48, referente a las cesiones en exclusiva, debe ser interpretado en el sentido de que lo que decae es dicha exclusiva. De esta manera, si el cesionario decide con posterioridad explotar la obra, podrá hacerlo pero en concurrencia con otros cesionarios no exclusivos.

4.1.2.1.3.- Otros problemas.

Se suscitan otros problemas prácticos como si el empleador tiene un derecho de adquisición preferente sobre la obra de su empleado realizada fuera del marco del contrato de empleo, si el autor asalariado tiene derecho a una remuneración adicional a su salario de acuerdo con los beneficios obtenidos por el empresario.

Respecto a si el empresario tiene derecho de adquisición preferente sobre las obras de sus empleados realizadas fuera del ámbito de sus obligaciones¹²⁷, hemos de partir de que no se pueden limitar los derechos del autor cuando no exista ningún vínculo funcional entre los deberes de trabajo y la creación de la obra. Tal caso se plantea cuando los deberes de trabajo no contienen ninguna prestación de carácter creador, y lo mismo ocurrirá cuando la obra es de un género totalmente diferente de las que deben ser ejecutadas por el autor en virtud del contrato de trabajo¹²⁸. La posición contraria nos conduciría a mantener una postura insostenible: que el autor vinculado a un empresario por una relación laboral, estaría obligado a poner a disposición del empleador prácticamente todas sus creaciones.

En cuanto a las categorías intermedias, -compuestas por las obras que

¹²⁷ Como pautas para saber si una obra ha sido creada dentro del marco de la relación laboral pueden servir de indicadores los deberes del empleado y la descripción escrita en su contrato, el lugar en el cual dicha obra ha sido creada, la hora y el día de la semana en el que fue creada; pero estos factores no son suficientes y tendrán que ser conjugados con lo que razonablemente se espere de las obligaciones del empleado (WEINSTEIN, "How to protect..." cit., págs. 42-42).

¹²⁸ BARTA, "Le droit d'auteur et la créativité d'employé" cit., pág.115.

no habiendo sido creadas en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contrato de trabajo guardan, sin embargo, un vínculo con la relación laboral-, las soluciones son más complejas¹²⁹. En este orden de ideas, ha de distinguirse según la obra haya sido creada para la difusión interna, dentro de la misma empresa, o para ser explotada fuera del referido ámbito¹³⁰; salvo que conste de forma explícita la cesión de los derechos de explotación de la obra en el contrato de trabajo, el empresario únicamente adquiere el derecho a utilizar la obra para fines internos.

Para saber si al autor le corresponde una remuneración complementaria, por el éxito de su obra, cuando se produzca una manifiesta desproporción entre la remuneración al autor y los beneficios obtenidos por el empresario (art. 47 LPI), hemos de indagar sobre la naturaleza jurídica del salario como remuneración de la transmisión.

¹²⁹ A modo ejemplificativo BARTA (*op. cit.*, pág. 117-123) cita los casos siguientes:

- a) cuando como consecuencia de la ambigüedad de las obligaciones del trabajador se obtiene una creación protegida por el derecho de autor;
- b) cuando la obra ha sido creada durante las horas de trabajo, utilizando medios, materiales y equipo perteneciente al empresario y con ayuda de personal de la empresa;
- c) el autor está inspirado por el trabajo efectuado en el marco de la relación laboral;
- d) la obra se deriva, en parte del trabajo del empleado, pero que luego éste desarrolla y transforma;
- e) el trabajo efectuado en la obra formaba parte de los deberes del creador que después fueron paralizados por decisión del empresario.

En los tres primeros casos, la conexión que existe entre la creación de la obra y el empleo del creador no permite, -siguiendo a este autor-, limitar los derechos del creador en beneficio del empresario. Sin embargo, no excluye que, en determinados casos, exista la obligación de poner la obra a disposición del empresario, justificada cuando el trabajador haya aceptado ser particularmente leal.

En el cuarto caso, se exigirá el acuerdo del empresario cuando se trate de una explotación comprendida en su actividad habitual, pues se trata de una obra derivada cuya titularidad está también ostentada por éste.

Cuando la obra rebasa de modo patente las exigencias del empresario, el solo hecho de crear una obra más larga y detallada de lo que podría exigir el empresario no modifica la calificación de "obra de asalariado" en "obra independiente".

¹³⁰ En este sentido, ha sido excluida del marco de las actividades habituales de una empresa contable la realización de unos programas de contabilidad porque "las misiones confiadas al jefe de contabilidad excluyen las de analista-programador" (TGI Bobigny 11 déc. 1978, Exp. 1982, n.º 39 p. 73); o dentro del marco de actividades normales de un docente se excluyó la elaboración de un método de enseñanza (CA Paris, 4^{ème} ch., 21 fév. 1984, Ann. 1984, 63, D. 1984 som. 285), citados por BERTRAND, A.: "*Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins*", Ed. Masson, Paris-Milan-Barcelone-Bonn, 1991, pág. 280 y ss

El legislador español¹³¹ ha tratado de proteger a los autores confiriéndolo a sus derechos económicos un carácter acusadamente salarial o cuasiasalarial (vid. arts. 53, 54 y 55)¹³². Respecto al art. 51, en concreto, debe ser integrado de acuerdo las normas laborales, al menos, en cuanto al objeto del contrato de trabajo; y el objeto del contrato de trabajo es la prestación de *servicios retribuidos*. Esto es, respecto de la retribución, los servicios los presta el trabajador a cambio de una remuneración o salario que constituye el objeto de la obligación del empresario¹³³.

En nuestra opinión, al ser el contrato de trabajo un contrato de tracto sucesivo, la alteración de las circunstancias, (como es el éxito adquirido por el autor asalariado o por alguna de sus obras) ofrece dos alternativas para mantener la equivalencia de las prestaciones: en primer lugar, las partes pueden revisar las condiciones del contrato produciéndose una novación modificativa de las previstas en el art. 1.203.1.º del C.c.¹³⁴; en segundo lugar, por medio de remuneraciones indirectas como los pluses, o los *bonus* de la doctrina anglosajona, y también mediante las participaciones en los beneficios.

El concepto de *salario* parece ser erróneamente asociado con aquél de

¹³¹ Las legislaciones nacionales de los países socialistas parecen bastante generosos en este punto al prever, para los casos donde se estime que existe una aparente desproporción, fijar una remuneración equitativa complementaria: así, la Ley búlgara prevé una remuneración especial para el caso de que la publicación vaya más allá de la que estrictamente se correspondía por el trabajo realizado; en el mismo sentido están las Leyes de Checoslovaquia y Hungría (PLAISANT, "*The Employee-Author...*" cit., pág. 278).

¹³² RODRIGUEZ TAPIA, "*Comentario al artículo 51*" cit., pág. 794.

¹³³ ALONSO OLEA, *op.cit.*, pág. 51.

¹³⁴ La extrema vitalidad del contrato de trabajo se muestra en la gran dureza y resistencia en su duración. El contrato de trabajo consiente a lo largo de su duración una serie de alteraciones, profundas a veces, en el esquema de sus prestaciones, que no perjudican la continuidad de su existencia; concebidas bien como pactos novatorios modificativos, bien como resultantes de un especial poder o "derecho de variación" del empresario (ALONSO OLEA & CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pág. 170).

la remuneración a tanto alzado¹³⁵, pues no constituye una cantidad fija e inamovible sino que ésta puede variar no sólo durante la vida del contrato, sino también dependiendo de los resultados obtenidos en cada momento.

Los problemas que se plantean al intérprete son consecuencia de que la LPI parece contemplar únicamente dos formas de remuneración, la participación proporcional (art. 46.1) y, para determinados casos taxativos (entre los cuales se incluyen categorías de obra comunmente desarrolladas por autores asalariados), la remuneración a tanto alzado (art. 46.2). Sólo en este último supuesto procederá la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, el Juez fijará la remuneración equitativa (art. 47). No existe, pues, disposición alguna que otorgue al autor una remuneración complementaria, para lo cual se requerirá de una estipulación contractual¹³⁶.

Con razón se ha dicho que el salario es un tercer tipo de remuneración, ni fijo ni proporcional, sino más bien de carácter mixto, por lo que es probable que la revisión por desproporción con los beneficios del cesionario, contemplada en el art. 47, no sea aplicable¹³⁷.

Para que se verifique la novación del contrato, tanto si dicho contrato de trabajo preveía alguna cláusula compensatoria como si no existía pacto al respecto, no es necesario, como veíamos, acudir al art. 47. En cuanto a la remuneración equitativa fijada por el Juez (art. 47) no será necesaria para el caso en el que contractualmente¹³⁸ hayan sido previstas este tipo de

¹³⁵ CUVILLIER, *op. cit.*, pág. 123. TORRES LANA señala también que existen otras formas retributivas no proporcionales que tampoco responden exactamente al concepto de "tanto alzado" ("*Comentario al artículo 52*" *cit.*, pág. 818).

¹³⁶ PLAISANT, *op. y loc. cit.* últimamente,

¹³⁷ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* últimamente, pág. 794 y ss.

¹³⁸ A parte de las cláusulas de cada contrato en particular habrá que tener en cuenta el contenido obligacional de los convenios colectivos suscritos. Ahora bien, dentro de esta remuneración compensatoria no se podrán incluir aquellas gratificaciones fijas (como la gratificación extraordinaria por Navidad, pluses por Antigüedad etc..) o que tengan por objeto

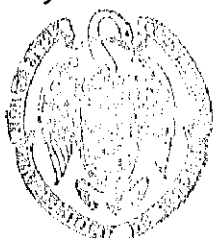
compensaciones; pero si no lo fueron, parece que la participación por beneficios quedará al arbitrio del empresario, pues nos parece que el art. 47 será de muy dudosa aplicación.

Finalmente, para cerrar el comentario sobre los autores asalariados no queremos dejar de hacer una referencia de tipo sistemático. El legislador español ha ubicado la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra de empleo dentro del Capítulo dedicado a las "*Disposiciones generales*" en el Título que lleva por rúbrica "*Transmisión de derechos*". En nuestra opinión, hubiera sido más adecuado encuadrarlo dentro de lo que podríamos llamar "*Parte especial*"¹³⁹, junto a los demás contratos de cesión de los derechos de explotación, puesto que en definitiva se trata de un contrato de trabajo por el cual el autor cede al empresario determinados derechos de explotación. Por esta razón, creemos que la norma contenida en el art. 51 LPI, -aunque ofrezca únicamente algunas especialidades con respecto al contrato previsto en la legislación laboral-, debería ser extraída del capítulo dedicado a las Disposiciones generales asignándosele un capítulo propio. Puestos ya a hacer proposiciones al legislador, se podría estudiar también la supresión del apartado 4 del artículo que comentamos en base a que no aporta nada nuevo¹⁴⁰.

la forma externa de desarrollo del trabajo (como los pluses por asiduidad o puntualidad) sino aquellas otras que tengan por objeto la productividad del empleado.

¹³⁹ Esta terminología ha sido utilizada por DIETZ, quien contrapone a la "Parte general", formada por las disposiciones que en principio deben valer para todos los contratos de derecho de autor, esta otra "Parte especial" que trata de los tipos particulares de contratos del Derecho contractual primario de autor ("*El Derecho de autor en España...*" cit., pág.162). No repara, sin embargo, en que la transmisión a la que se refiere el art. 51 es un contrato de trabajo alineable junto a otros contratos de cesión de los derechos de explotación.

¹⁴⁰ Dicho apartado dispone que: "*las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato*".



4.1.2.2.- Cesión convencional.

La especial protección con que el legislador ha querido proteger al autor se manifiesta eminentemente en el ámbito de la transmisión de derechos, al calificar de *irrenunciables* determinados beneficios concedidos a éste y a sus derechohabientes. A su vez, el contrato de trabajo entre patrono y autor asalariado se rige por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 C.c.). Ahora bien, el pacto suscrito ha de respetar las normas imperativas contenidas en la LPI, especialmente los art.14, 24, y 55, así como también habrá de tenerse en cuenta la forma efectiva en que se verificó la creación que puede, (como vimos en el capítulo III), llegar a constituir una auténtica obra en colaboración entre el comitente y el autor. Tampoco podrán ser contrarios a otras normas del Ordenamiento jurídico, a la moral o ni al orden público. Dentro de las leyes que han de ser respetadas por las partes merecen especial atención los convenios colectivos cuya fuerza vinculante está reconocida en el texto constitucional de 1978 (art. 37.1).

La actividad habitual del empresario y el contrato de trabajo serán instrumentos interpretativos de sumo interés, que podrán integrar el pacto de transmisión de derechos; y sobre los extremos no contenidos en el pacto y en el convenio colectivo, las normas supletorias del artículo 43 determinarán qué derechos han sido cedidos¹⁴¹.

A la hora de la interpretación de las cesiones jugarán, también, un papel decisivo la buena fe y los usos profesionales, aunque pensamos que éstos deberían ser conocidos por el autor.

En cuanto a si son cedibles los derechos de explotación que caen fuera del objeto social, parece que una cesión de este tipo debe ser examinada en

¹⁴¹ RODRIGUEZ TAPIA, *op. cit.* pág. 783.

consideración a la nulidad de una cesión global de las obras futuras¹⁴²; aunque, como se ha dicho, no se puede hablar, con rigor, de cesión de obras futuras, porque el empresario adquiere los derechos en el curso del desarrollo de su contrato de trabajo, a medida que sus obras van siendo creadas¹⁴³. Lo que parece claro es que los derechos de explotación cedidos que caigan fuera del ámbito de la actividad habitual del empresario, deberán ser específicamente expresados en el documento de cesión.

4.2.- Las obras creadas por encargo.

La LPI ignora el contrato de encargo de obra intelectual¹⁴⁴, pues el art. 51 se circunscribe, únicamente al supuesto en el que media una relación laboral. Sin embargo, de la tramitación parlamentaria se evidencia que al legislador no le fue ajena la omisión de las obra creadas al amparo de contratos civiles y administrativos¹⁴⁵, prefiriendo no equiparar estas situaciones a la del autor asalariado y que dichos supuestos fueran regulados por las normas generales.

El derogado art. 18, 3 de la Ley del Libro, preveía el régimen jurídico de las obras futuras o de encargo. Dicho artículo disponía que "*no se considerarán contratos de edición aquellos por los que el editor encarga al*

¹⁴² BERTRAND, "*Le Droit d'Auteur...*" cit., pág. 284.

¹⁴³ PLAISANT, "*The Employee-Author...*" cit., pág. 278.

¹⁴⁴ Sólo hace mención del encargo expresamente en relación al contrato de edición, que excluye del contrato de edición el encargo editorial (RODRIGUEZ TAPIA, "*La cesión en exclusiva...*" cit., pág. 153).

¹⁴⁵ La Enmienda núm. 346 presentada en el Congreso por el Grupo Minoría Catalana proponía la siguiente redacción al apartado 1 del artículo 51: "*La transmisión al arrendatario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de un arrendamiento de servicios de carácter civil, laboral o administrativo, se regirá por lo pactado*". Se justificaba en que el precepto debía ser ampliado también a las relaciones de carácter civil y administrativo, porque el proyecto no delimita cuál ha de ser el carácter del arrendamiento de servicios que da lugar a la creación de una obra. El informe de la Ponencia rechazó dicha enmienda sobre la base de que "no parece, en cambio, que deba extenderse el apartado 1 del artículo a todas las relaciones que se mencionan en la enmienda 346 de Minoría Catalana". Esta enmienda fue reproducida ante el Senado con el núm. 123 e igualmente rechazada.

autor la realización de una determinada obra literaria, científica o artística, los cuales se regularán, en su caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de esta Ley, por las disposiciones del Código civil relativas al contrato de arrendamiento de obras y por las específicas sobre propiedad intelectual, que quedará transmitida al editor. Cuando, no obstante el encargo, se pacte expresamente que la propiedad de la obra no se transmite al editor, se entenderá concertado un contrato de edición sin limitación del número de ejemplares"¹⁴⁶. Desgraciadamente, el legislador del 87 derogó, sin criterio discriminatorio determinados "paquetes" de artículos sin preocuparse de que su contenido estuviera contemplado por la nueva Ley¹⁴⁷.

Así pues, en la actualidad, cuando el autor y el comitente de la obra no estén ligados por una relación jurídico-laboral, parece que deberán regirse por el principio de autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 C.c.). Pero, a falta de normas dispositivas concretas sobre el contrato de encargo de obra, parece que serán de aplicación, en lo pertinente, las normas que el Código civil dedica al arrendamiento de obra (arts. 1.546 y 1.583 y ss.) así como otras disposiciones aplicables contenidas en la LPI. De esta manera, cuando existan analogías con el contrato de edición serán aplicables, de acuerdo con el artículo 4.º 1 del C.c. las reglas contenidas en los art. 58 y ss. de la LPI. Observamos así que por vía analógica se llega quizá a una situación parecida a la prevista por el derogado artículo 18 de la Ley del Libro.

Sin establecer una presunción de transmisión, y excluyéndola del

¹⁴⁶ Como observa TORRES GARCIA, dichos contratos recibían por la propia Ley la consideración de una *modalidad especial de este contrato*, a tenor del art. 25.1 de la Ley del Libro ("*Comentario al artículo 59*" en "*Comentarios a la LPI*" cit., pág. 921, el subrayado es nuestro).

¹⁴⁷ Para RODRIGUEZ TAPIA, esta carencia no es alarmante, pues nada impide recurrir a las normas generales de transmisión, de manera que las eventuales transmisiones sólo pueden inferirse de expresas (art. 43) cesiones contenidas en el propio encargo o pacto ulterior, o de la aplicación de presunciones iuris tantum establecidas por la LPI o por otras leyes ("*La cesión en exclusiva...*" cit., pág. 154).

régimen del contrato de edición, lo que siembra el art. 59.2 es el pronóstico de cesión, cuya remuneración ya está siendo anticipada por una eventual transmisión¹⁴⁸.

Algunas de las menciones hechas con respecto a la obra creada por autor asalariado son también predicables respecto de las obras de encargo. Así, la adquisición de la obra a título originario corresponde al autor y únicamente mediante el contrato de arrendamiento de obra seguido de la tradición adquirirá el comitente los derechos de explotación que hayan sido cedidos, tratándose entonces de una adquisición a título derivativo.

Con la negativa a incluir las obras creadas en virtud de un contrato civil o administrativo en la norma dedicada al autor asalariado, el legislador quería evitar especialmente que se aplicara la presunción contenida en el art. 51. 2 a favor del empresario. Entonces, a falta de pacto escrito ¿cuáles son los derechos transmitidos al comitente?

En caso de tratarse de un encargo civil de una obra del ingenio, este vacío deberá ser colmado siguiendo los principios de interpretación de los contratos, y como normas supletorias las ya mencionadas referentes al arrendamiento de obra y las normas contenidas en la LPI que sean de aplicación.

También se podría aplicar el esquema contractual de la compraventa (cesión) de cosas futuras¹⁴⁹, pues a tenor de las normas generales de los contratos, pueden ser objeto de los mismos todas las cosas *in commercio*, aun las futuras (art. 1.271 C.c.). En sentido amplio, cabe entender por cosa futura aquella cosa que independientemente y prescindiendo de su existencia

¹⁴⁸ RODRIGUEZ TAPIA, "La cesión en exclusiva..." *cit.*, pág. 155. A su juicio no es una imposición legal, sino una previsión dictada por la razón lógica (en el caso probable de transmitirse derechos, la remuneración debe entenderse hecha como anticipo a cuenta).

¹⁴⁹ DE SANCTIS "Brevi osservazioni..." *cit.*, pág. 153 y ss.

física, que puede o no darse, e, incluso, de su existencia jurídica respecto de determinadas relaciones, viene considerada, en orden a la transmisibilidad inmediata, futura, o sea, carente de una existencia jurídica autónoma, por el ordenamiento jurídico¹⁵⁰; y en sentido más estricto, son aquellas que no teniendo existencia real (al menos en la forma en que son queridos por las partes y negociados) en el momento de la celebración del contrato, cabe esperar que puedan tenerla dentro del orden natural de las cosas¹⁵¹.

Ahora bien, las obras futuras¹⁵², al igual que las obras por encargo, también están huérfanas de regulación en la LPI. En este sentido, el art. 59 excluye las obras futuras (art. 59.1) y las obras de encargo (art. 59.2) del objeto del contrato de edición, entremezclando y confundiendo ambos conceptos.

Al haber sido excluidas las obras de encargo del contenido del art. 51, parece claro que deberán ser aplicadas con preferencia a dicha regla, las demás normas relativas a la transmisión de los contratos. Por ello, a falta de pacto expreso, no se entenderán cedidos los derechos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario. En cuanto al carácter de la cesión, será de aplicación el art. 48 y, por tanto, para que la cesión sea en exclusiva *deberá otorgarse expresamente con ese carácter*.

Con respecto al alcance de la cesión, regirá el principio de interpretación restrictiva de los derechos cedidos, presente a lo largo de todo

¹⁵⁰ ROGEL VIDE, C.: "La compraventa de cosa futura", Ed. Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1975, pág.

¹⁵¹ LACRUZ, "Elementos..." cit, tomo II, vol. 3.º, pág. 23.

¹⁵² Dentro de la cesión de obras futuras se pueden incluir, p. e., los llamados *contratos de mecenazgo*. (Vid. DESBOIS, "Le droit d'auteur..." cit, pág. 560 y ss.). Si bien, hay que tener en cuenta que al tratarse de obras de artes plásticas, el adquirente del soporte no adquiere, por este solo título, ningún derecho de explotación... (art. 56.1).

el articulado de la Ley y en la propia Exposición de Motivos¹⁵³. Asimismo, regirá el principio de independencia de los derechos de explotación transmitidos (art. 23 LPI). La actividad habitual del empresario constituirá un elemento más de integración del contrato de encargo¹⁵⁴, pero no funcionará a modo de presunción. Por ello, a falta de indicación, se entenderán transmitidos solamente aquellos derechos de utilización económica cuya adquisición esté justificada por la finalidad del contrato y la limitación de su objeto¹⁵⁵.

En cuanto a la remuneración que pudiera convenirse es concebida por el art. 59. 2 en calidad de anticipo de los derechos de los derechos que al autor le correspondan por la edición. El *contrato de obra futura* parece circunscrito, pues, a un tipo concreto de obras: las "*editables*", quedando el *contrato de encargo de obra* como un concepto más amplio comprensivo de cualquier objeto de obra creada por comisión. Si se produjere manifiesta desproporción entre la remuneración que el autor percibe como anticipo y los beneficios obtenidos por el cesionario, al no existir una relación permanente de subordinación entre el autor y el comitente, será más fácil para el autor ejercitar el derecho reconocido en el art. 47 LPI.

Cuando por medio del contrato de encargo de obra se pretenda adquirir

¹⁵³ Principio que como recuerda COLOMBET está expresamente reconocido por varias legislaciones como, p. e., la libanesa, noruega y española y entraña dos consecuencias: la primera es que la cesión de un derecho de autor, el derecho de reproducción en particular, no implica la cesión de otro derecho, p. e. el de representación; la segunda es que si un contrato comporta el derecho de reproducción o de representación, el alcance estará limitado a los modos de explotación previstos en el contrato. El objeto es evitar que el autor sea lesionado por un contrato que no prevea expresamente la aparición de nuevas técnicas de difusión de las obras ("*Grandes principes du droit d'auteur...*" cit., pág. 90).

¹⁵⁴ En este sentido, FABIANI señala que en el caso de obra creada por encargo deberían considerarse transferidos solamente aquellos derechos que sirvan para asegurar la consecución del objetivo negocial perseguido por los contratantes teniéndose en particular consideración la actividad ejercida por el comitente ("*I contratti di utilizzazione...*" cit., pág. 259).

¹⁵⁵ TORRES GARCIA, T.: "Comentario al artículo 59" en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 924.

la propiedad del soporte al que se haya incorporado la misma, el adquirente no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre la obra (art. 56.1 LPI). No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública¹⁵⁶ de la obra, aunque no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho... (art. 56.2.).

La hipótesis en que la obra haya sido creada en virtud de una relación administrativa, conforme a la tramitación parlamentaria, también parece haber sido excluida por el legislador de la presunción del art. 51 LPI. Pero sin embargo, por muchas razones¹⁵⁷, se impone una solución analógica.

La analogía entre el artículo 51 y los casos de funcionarios públicos parece que tiene un límite lógico en la imposibilidad de pacto específico que pudiera acordar el empleado con la Administración, siempre que se trate de una relación de derecho administrativo y no de un empleado laboral al servicio de la Administración. En cambio, parece que el artículo 51.2 admitiría una lectura analógica: a falta de pacto, se entiende cedida la explotación de la obra a la Administración pública para la que trabaje, siempre que coincida con los fines específicos de su institución y de su cargo (actividad habitual)¹⁵⁸.

Finalmente, y a modo de conclusión, dada la disparidad de casos comprendidos en los supuestos de las obras ejecutadas por autor asalariado o en cumplimiento de un contrato de encargo, conviene no establecer reglas imperativas e inflexibles que no puedan ser adaptadas a las circunstancias particulares de cada caso.

¹⁵⁶ Sobre el derecho de exposición pública de la obra, véase el § 5.1 de este mismo capítulo.

¹⁵⁷ RODRIGUEZ TAPIA, "Comentario al artículo 51" cit., pág. 771 y ss.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ TAPIA, *ibidem*.

5.- RELACIONES ENTRE EL CREADOR Y EL PROPIETARIO DEL *CORPUS MECHANICUM*.

El artículo 3.º, 1.º LPI dispone que *los derechos de autor son independientes y compatibles con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual*¹⁵⁹.

Para que se produzca la independencia de derechos, el presupuesto necesario en el caso de las obras que estudiamos es que el autor enajene el soporte material donde se ha exteriorizado su creación, pues con anterioridad a ésta confluyen en el mismo sujeto ambos derechos. La compatibilidad se manifiesta en las especiales restricciones establecidas al derecho de propiedad sobre la cosa material en que se exterioriza la creación que tienen como finalidad lograr el necesario respeto al derecho moral del autor y, concretamente, en aras del respeto a la integridad de la obra frente a cualquier agresión al soporte en que se exterioriza¹⁶⁰.

Como ha señalado ASCARELLI, la contraposición entre lo que la doctrina llama, a veces, el *corpus mysticum* y lo que conoce como el *corpus mechanicum*, entre la creación intelectual y su material exteriorización, es evidente. Ninguna creación intelectual puede ser percibida independientemente de una exteriorización material en cosas o energías. Nos encontramos, por tanto, ante dos disciplinas jurídicas concernientes a dos series de bienes: de

¹⁵⁹ CHICO ORTIZ critica la expresión "cosa material a la que está incorporada la creación intelectual". Sí cabe deducir de ella que en un caso hay propiedad intelectual y en otro propiedad ordinaria. Pero lo que verdaderamente sorprende es que se ha de calificar como equivalente a "la cosa material" con el "soporte", lo cual, conforme al artículo 10, puede ser *tangible o intangible*. Pero si eso es así hay que modificar el artículo 3 sobre *compatibilidad* ("*Estudio comparativo entre dos legislaciones de propiedad intelectual*", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pág. 286).

¹⁶⁰ GONZALEZ LOPEZ, "*El derecho moral del autor...*" cit., pág. 202.

un lado, el bien inmaterial y de otro, la cosa material¹⁶¹.

Así pues, los derechos de autor no se confunden con otros derechos patrimoniales sobre la obra intelectual. Pueden aquéllos y éstos tener distinto sujeto, tienen siempre distinto objeto (las cosas corporales, los primeros; la obra intelectual -cosa incorporeal-, los segundos) y también distinto contenido e independencia en sus vicisitudes: la adquisición, modificación o pérdida de los derechos sobre la cosa no comporta la adquisición, modificación o pérdida de los derechos sobre la obra intelectual. En principio, las cosas materiales en que singularmente toma cuerpo la obra intelectual (el cuaderno, la escultura, el cuadro, etc.) están sujetas, en cuanto a la propiedad y derechos reales, al régimen ordinario. Pero la vinculación del objeto físico en que la obra intelectual se materializa adquiriendo forma definitiva y permanente (*corpus mechanicum*) con la obra intelectual (*corpus mysticum*) da lugar a determinadas peculiaridades¹⁶².

A diferencia de lo que sucede con las obras literarias, musicales y científicas¹⁶³, en las obras plásticas se presenta una unión indisoluble entre la creación intelectual y su medio de expresión¹⁶⁴. Cuando la creación

¹⁶¹ "Teoría de la concurrencia..." cit., pág. 631 y ss. Por ello, en toda creación hay que separar dos elementos diversos: la combinación ideal propiamente dicha (*corpus mysticum*) y la realidad física ordenada o constituida efectivamente de acuerdo con lo que la combinación ideal prescribe (*corpus mechanicum*). El *corpus mysticum* es una entidad puramente ideal; es la combinación en sí misma; pero la combinación ideal de unas realidades sensibles. A su vez, el *corpus mechanicum* es una entidad material; pero una entidad material ordenada y conformada tal y como prescribe la combinación ideal (BAYLOS, "Tratado..." cit., pág. 486 -edición 1978-).

¹⁶² PEÑA, "Comentario a los artículos 428 y 429" cit., pág. 720.

¹⁶³ Las obras artísticas, al estar expresadas en un soporte único no se prestan a un ejercicio del derecho de autor en condiciones idénticas a las que prevalecen para las obras literarias, musicales o audiovisuales (KEREVER, A.: "Droit d'exposition et historique du droit d'auteur", RIDA, núm. 156, abril 1993, pág. 11).

¹⁶⁴ CASAS VALLES, R.: "La protección de los artistas plásticos en el Derecho español", en "I Congreso iberoamericano de Propiedad Intelectual" cit., vol. I, pág. 262.

intelectual constituye un *opus unicum*¹⁶⁵ la relación existente entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum* se estrecha de tal manera, que los derechos del autor y del adquirente de la propiedad del soporte prácticamente se confunden sobre un mismo objeto¹⁶⁶.

En estos casos el conflicto entre el derecho del autor y el del adquirente puede surgir fácilmente, pues si bien éste adquirió la propiedad de la obra, el autor no se despojó de sus restantes derechos derivados de la creación intelectual¹⁶⁷. Algo similar ocurre con respecto a las obras que, aun siendo multiplicables, en exteriorizaciones fungibles entre sí, existe un único ejemplar, como es frecuente que ocurra, p. e., en el caso de los epistolarios.

Sobre el soporte al que se hayan incorporadas estos tipos de obras del ingenio recaen distintos tipos de derechos: de un lado, el derecho de propiedad ordinaria sobre el goce directo de la cosa que sigue la disciplina del derecho común y que, por tanto, puede ser enajenada por su creador; de otro, la propiedad intelectual sobre el bien inmaterial que se ha materializado en dicho soporte¹⁶⁸.

La complejidad de la propiedad inmaterial hace que ésta no pueda ser enajenada *in complexu*. El haz de facultades morales permanece unido a la personalidad del autor, presentando sin embargo, especiales matizaciones;

¹⁶⁵ En el sentido de obra literalmente irrepetible, como lo son las obras pictóricas (vid. BAYLOS, "Tratado..." cit., pág. 553 y FABIANI, M.: "Esecuzione forzata e sequestro delle opere dell'ingegno", Ed. Giuffrè, Milano, 1958, pág. 185).

¹⁶⁶ Lo esencial del valor de una obra artística reside en el objeto material en el que aquélla se incorpora (FRANÇON, A.: "La propriété littéraire et artistique", 2.ª edición, Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1979, pág. 69).

¹⁶⁷ ESPIN, "Las facultades ..." cit., pág. 114.

¹⁶⁸ La LPI no ha previsto la necesidad de respetar los derechos de otras personas distintas del autor y del adquirente de la obra de arte, como, p. e., el del retratado sobre su retrato, que podrá, incluso, limitar las facultades morales del autor, como el derecho de divulgación. La concurrencia de derechos sobre el retrato también puede dar lugar, como veremos, a situaciones interesantes de cotitularidad.

los derechos patrimoniales son independientes entre sí (art. 23 LPI), requieren cesión expresa (art. 43.1), algunos únicamente son cedibles cuando alcanzan un valor actual (art. 43. 5) y otros, como el *droit de suite*, es irrenunciable y se transmitirá únicamente por sucesión "mortis causa" (art. 24.3)¹⁶⁹, aunque no sigue el mismo régimen el crédito que nace de cada reventa.

La necesidad de convivencia de ambos tipos de derechos, se evidencia también en el art. 56.1 LPI: *"El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este sólo título, ningún derecho de explotación sobre esta última"*. La adquisición del soporte no supone la de ningún derecho de explotación de la obra, aunque en la transmisión de aquél se utilicen expresiones o términos que tiendan a reforzarla¹⁷⁰. Ahora bien, el apartado 2. de este mismo precepto añade: *"No obstante, el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una obra fotográfica tendrá el derecho de exposición pública de la obra, aunque ésta no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiera excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación ..."*¹⁷¹.

¹⁶⁹ La transmisión *mortis causa* del derecho de participación ha sido una novedad de la Ley de 7 de julio de 1992, modificativa de la LPI de 1987.

¹⁷⁰ HERTIN, P. W.: *"Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und Urheberrechtswahrnehmungsgesetz"*, 6.ª ed., Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz, 1986, 299, 44, 1, citado por HUALDE, *op. y loc. cit.* últimamente.

¹⁷¹ Ya el art. 9.º de la LPI de 1879 disponía que *"la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes"*. La doctrina española anterior a la actual LPI, encontraba en este precepto el máximo exponente de los derechos morales de autor, al considerarlo como una reserva expresa del derecho de divulgación de la obra, reconociendo parcialmente el derecho moral de autor (JUFRESA PATAU & MARTELL PEREZ-ALCALDE: *"Los derechos del artista sobre su obra"*, RGD, 1987, pág. 3.852). Como ha observado HUALDE SANCHEZ, este precedente era, en realidad, más favorable a los derechos del autor que el nuevo art. 56 (*"Comentario al art. 56"* en *"Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual"* cit., pág. 859), pues el apartado 2 del precitado artículo, salvo exclusión expresa del propio autor, otorga al propietario del original el derecho de exposición pública.

La inversión de la presunción hace pensar que se está consagrando la práctica de enajenaciones que llevan aparejadas cesiones que sistemáticamente se pactaban o no, pero que eran difícilmente combatidas por los artistas (pues una de sus mayores satisfacciones está en ver expuestas sus obras), RODRIGUEZ TAPIA, *"La cesión en exclusiva..." cit.*, págs. 144 y 145.

A nuestro entender, hubiera sido más acertado sustituir la expresión "*ningún derecho de explotación*" por la más genérica de "*ningún derecho de propiedad intelectual*" o "*ningún derecho de autor*". Aunque la inalienabilidad de los derechos morales se manifiesta en abundantes preceptos, pensamos que la dicción propuesta contribuiría a evidenciar la concurrencia de los derechos de propiedad ordinaria y de propiedad intelectual sobre un mismo soporte.

Al recaer ambos derechos sobre un mismo objeto surge un contraste entre las normas del derecho común relativas a la cosa y las normas del derecho de autor sobre la obra del ingenio¹⁷². La adecuación entre unas y otras es lo que describíamos al principio del capítulo como una suerte de *propiedad dividida* o como una especie de *situación enfiteútica*. El dominio útil sería ostentado por el propietario del soporte en el que la obra se materializa y el dominio directo por el autor de la misma.

El predicado principio de compatibilidad entre los derechos de autor y la propiedad sobre la cosa material (art. 3.º-1.º LPI) no es tan absoluto como en principio pudiera parecer. Cuando el objeto físico encarna de modo irrepetible una obra intelectual, la necesidad de coexistencia de ambos tipos de derechos hace que unos y otros se vean restringidos.

5.1.- Restricciones al derecho de propiedad sobre el soporte de la obra de arte.

En la definición dada por el art. 348 del C.c. ("*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*") hay que considerar incluidas, -entre el resto de limitaciones establecidas por las leyes-, las limitaciones propias establecidas

¹⁷² ASCARELLI, *op. cit.* últimamente, pág. 678.

por la LPI¹⁷³. El adquirente de la cosa corporal a la que se incorpora la obra del espíritu, está sujeto a ciertas restricciones, al estarle vedadas una serie de facultades que normalmente estarían comprendidas en el señorío global del propietario. Estas restricciones aumentan cuando se trata de una obra plástica¹⁷⁴.

5.1.1.- Restricciones al *ius fruendi*.

El adquirente del soporte no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre este último (art. 56.1). Está privado, por tanto, de obtener los *frutos* que por naturaleza ofrece la creación intelectual. Esto es, únicamente adquiere el derecho al *disfrute* personal que la contemplación o la lectura (si se trata de unas cartas o un manuscrito) de la obra le reporta; y todo lo más, v. gr. las rentas civiles que puedan derivar de un eventual arrendamiento del soporte de la obra de arte.

5.1.2.- Restricciones al *ius mutandi et abutendi*.

El poder absoluto que tiene el dueño sobre el soporte de la creación encuentra una importante restricción en la facultad moral de respeto (art. 14.4.º LPI)¹⁷⁵. En la obra de arte plástico no multiplicable falta la separación,

¹⁷³ Al comentar el caso Sistiaga, RODRIGUEZ TAPIA percibe como la jurisprudencia española empieza a admitir límites a la propiedad ordinaria (ex art. 348 Cc y LPI), si sobre el objeto de propiedad existen derechos de autor. Así, el propietario no es libre de exponer ni de restaurar los fragmentos, aun cuando sean de su propiedad ("*La cesión en exclusiva...*" cit., pág. 152).

¹⁷⁴ En orden a la clasificación de las restricciones seguiremos el esquema propuesto por PEÑA, op. cit., pág. 721 y ss.

¹⁷⁵ En este punto, consideramos interesante destacar la curiosa posición de ASCARELLI. Distingue según se trate de la alteración de la obra plástica por su propietario material que debe ser excluida, pues esta alteración repercutiría directamente sobre la obra del ingenio y en consecuencia violaría el derecho de autor y la destrucción de la cosa como manifestación del derecho de propiedad sobre la misma que sustancialmente supone un acto que concierne directamente a la cosa material, el cual, por tanto, no encuentra ningún obstáculo en el derecho de autor. La "destrucción" del cuadro permanece en el ámbito interno del propietario de la cosa material (op. cit., pág. 678 y ss.).

típica de la obra literaria, entre el arquetipo, objeto del derecho de autor, y la cosa corporal que lo materializa, objeto del derecho de propiedad¹⁷⁶, por eso, el hecho de que soporte y obra inmaterial coincida sobre un mismo cuerpo hace que la mutilación de una pintura o de una escultura resulte especialmente ofensiva¹⁷⁷. No ocurre sin embargo lo mismo con respecto al propietario material de los epistolarios que si bien no puede publicar la carta, puede destruirla y no está obligado a devolverla¹⁷⁸.

Del derecho de respeto a la integridad de la obra se ha señalado que es un derecho absoluto, que puede hacerse valer frente a todos, incluidos los adquirentes de la misma¹⁷⁹.

Bajo la actual LPI¹⁸⁰, el autor podrá oponerse a cualquier modificación

¹⁷⁶ LACRUZ, "*Elementos...*" *cit.*, tomo III, vol. 1.º, pág. 497. La pérdida del derecho de propiedad del objeto material impide al artista introducir modificaciones en su obra una vez que la ha enajenado; pero el adquirente tampoco puede introducir modificación alguna.

¹⁷⁷ CASAS, *op. cit.*, pág. 268 y ss.

¹⁷⁸ LACRUZ, *op. cit.* últimamente, pág. 500.

¹⁷⁹ CAFFARENA, *op. cit.* últimamente, pág. 283.

¹⁸⁰ En la jurisprudencia patria se presentó, bajo la decimonónica legislación, un famoso caso, entre el escultor Pablo Serrano e Intusa S.A. (S.T.S. de 21 de junio 1965) que evidenciaba la pugna entre el derecho de autor del propio artista y el derecho de propiedad sobre el soporte de la obra. La sociedad demandada concertó con el artista la realización de una escultura para ser instalada en el vestíbulo del Hotel "Tres Carabelas", propiedad de la empresa. Serrano, después de haber elaborado un boceto, que fue rechazado, consiguió la aprobación del segundo por parte del Consejo de Administración de la empresa, pero al instalarlo y estimar que desentonaba con el resto de la decoración, lo retiró. No obstante, el artista recibió el precio estipulado por su obra. El autor demandó a la empresa por estimar que él poseía un derecho de propiedad artística sobre la obra realizada, derecho que la empresa le había lesionado destruyéndola. El T.S. desestimó el recurso de casación por infracción de Ley Interpuesto por el escultor que alegaba, entre otros motivos, la aplicabilidad de la Conferencia de Roma de 1928 y la de Bruselas de 1948, ambas ratificadas por España, por considerar que "mientras que los acuerdos de la citada Conferencia no se desenvuelvan en disposiciones posteriores, son preceptos meramente programáticos...".

Aunque la doctrina ha venido mayoritariamente rechazando la postura del Tribunal, se alzaron también algunas de las más prestigiosas voces en su defensa: El propio Federico DE CASTRO manifestó que se trataba de una solución bien fundada en Derecho y acertada teniendo en cuenta la valoración de los intereses en juego. Posiblemente, en la práctica, la decisión había sido la mejor para los intereses de los artistas, pues se dificultaría gravemente el comercio de obras de arte modernas, si el adquirente se encontraba con tal limitación del derecho de propiedad en lo que encarga o compra, con el gravamen de la propiedad residual

o condominio del artista, de facultades indefinidas o arbitrarias ("*Temas de Derecho Civil*", Ed. Civitas, Madrid, 1972, pág. 23).

Tras la Constitución española de 1978, el pleito se reabrió, -sentencia de 9 de diciembre de 1985, de la que fue Ponente el propio BELTRAN DE HEREDIA-, basándose en la pretendida naturaleza constitucional del derecho de autor (art. 20.1.b) CE). Nuestro Tribunal Supremo consideró que no existe constitucionalización de la propiedad intelectual sino que "lo que consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en tanto que no toda persona es autor", como expone el considerando tercero. Pero como muestra de lo controvertido del tema, contamos con el voto particular formulado por el Magistrado Fernández Rodríguez, partidario de acceder a las pretensiones del escultor.

La doctrina se pregunta si el constituyente, al redactar el art. 20.1.b) CE, pretendía dotar a la propiedad intelectual de la protección específica que otorga el art. 53.2 a las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1.ª del Capítulo segundo, o si, simplemente, dicho art. 20 se limita a reconocer, junto con la libertad de expresión, el derecho a la *producción y creación literaria, artística y técnica*. Opiniones hay en ambos sentidos:

Por la primera solución BONDIA ("*Propiedad Intelectual. Su significado...*" *cit.*, pág. 104), OTERO LASTRES ("*La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1 b) de la Constitución española de 1978*", RJE «La Ley», núm. 1.442 (1986-2), año VII, pág. 370 y ss.), SERRANO ALONSO ("*Sugerencias para una reforma del Derecho de autor*", AC, núm. 2, enero 1986, págs. 58 y 59) y OLLERO TASSARA ("*Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate*", PJ, núm. 11, septiembre 1988, pág. 51 y ss.). Estos autores, basan generalmente su tesis en la reduplicación superflua que supondría en caso contrario el precepto. En términos generales, los partidarios de la constitucionalización del derecho de autor también defienden la postura de considerar al derecho de autor dentro de los derechos de la personalidad, postura defendida por la doctrina clásica española (Vid. CASTRO Y BRAVO, F. de: "*Los llamados derechos de la personalidad*", ADC, 1959, pág. 1264 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, J.: "*Los derechos de la personalidad*", RGLJ, 11952, pág. 57 y ss. Modernamente, ALBALADEJO si bien, este autor únicamente engloba el aspecto moral del derecho dentro de éstos ("*Derecho civil III*", vol. 1.º, *cit.*, pág. 492).

Por la segunda, -postura que nosotros suscribimos-, ALZAGA ("*La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*", Ed. Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág. 217 y ss.) niega el reconocimiento constitucional de la propiedad intelectual, pues sostiene que mientras que la creación literaria o artística no se exteriorice, no requiere protección, y una vez exteriorizada, la protección que le depara el párrafo a) debe ser suficiente. En este mismo sentido se pronuncian BERCOVITZ ("*Derecho de autor y destrucción de la obra plástica (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985)*", ADC (1986), pág. 217 y ss.), LACRUZ ("*Comentario al artículo 2.º en 'Comentarios a la LPI'*", *cit.*, pág. 37), STORCH DE GRACIA ("*Derecho a la producción y creación intelectual, derecho de autor y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos*", RJE "La Ley", núm. 1.461 (1986), año VII, pág. 1.177 y ss.) y PEREZ DE CASTRO ("*El derecho de propiedad sobre las obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra*", AC, enero 1987, pág. 217 y ss.). En términos generales, estos autores estiman que el derecho de autor no es propiamente un derecho de la personalidad; recientemente, CUADRADO IGLESIAS distingue entre el derecho a ser autor, que evidentemente es un derecho de la personalidad, y el derecho del autor sobre su obra que, al tener existencia separada de su autor, se independiza de él y no puede ser considerado derecho de la personalidad. Hay -según él- una clara diferencia entre el derecho de autor y los derechos de la personalidad que impide el encuadramiento de aquél en éstos ("*El Profesor Beltrán de Heredia y el Código civil*", Centenario del Código civil V-1, Madrid, 1993, pág. 33).

de la obra o atentado contra la misma que perjudique a sus legítimos intereses o que suponga un menoscabo a su reputación. No cabe duda de que la destrucción de la obra es un atentado contra la misma, y además lo normal será que suponga un perjuicio para los legítimos intereses del autor. Se puede añadir que los términos en los que se expresa la Ley evitan la discusión que en otros ordenamientos se plantea al respecto¹⁸¹.

Resulta interesante observar como, el enfiteuta, a semejanza del adquirente de la obra artística, tampoco puede deteriorar la finca, so pena de caer ésta en comiso. Así lo dispone el art. 1.648 del C.c.¹⁸².

Tampoco se puede reconocer al autor, en términos absolutos, el derecho a la integridad de la obra artística enajenada. ¿Es que el dueño de

¹⁸¹ CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 284. Así, p. e., según el art. 6.º, *bis* 1. del Convenio de Berna, para que el autor pueda ejercer su derecho moral contra toda modificación de su obra, es preciso que exista un perjuicio a su honor o a su reputación. El derecho a la integridad de la obra, bajo el punto de vista de la protección a la personalidad, queda sometido a la condición de perjudicar al honor o a la reputación (FABIANI, "Le droit de l'auteur a l'intégrité de son oeuvre" *cit.*, pág. 81).

¹⁸² En base a la LPI queda proscrita cualquier tipo de modificación que sufra la obra sin el beneplácito del autor, lo cual excluye la posibilidad de aplicar la doctrina de las mejoras que el Código civil preve para el caso de comiso (art. 1.652). Pero aunque tanto la obra literaria como la artística o científica puede ser, sin duda, artística, literaria o científicamente *mejorada* por otro, v. gr. la corrección hecha por el maestro del artista -jo la recomendación hecha por el director de tesis al doctorando!-, jurídicamente las obras quedan "perfectas" cuando el autor las termina. Únicamente el propio autor o alguien por él autorizado podrán introducir modificaciones a la obra. Antes de la terminación de la obra podría dar lugar a un supuesto de coautoría; después de su terminación y una vez verificada su enajenación (supuesto del que partimos ahora) parece muy improbable que el autor consienta. Dicho consentimiento, a su vez, no podrá constituir una renuncia (art. 14 LPI *ab initio*).

Sin embargo, pensamos que sí cabe hablar de auténticas mejoras sobre la obra de arte, pero se trataría de mejoras *materiales* y no *intelectuales*. Estamos pensando en los casos en los que el adquirente de la obra plástica ensalza la belleza de ésta al enmarcar la pintura, acoplar una peana a la escultura, dotarla de un fanal, etc. La admisibilidad práctica de esta facultad del dueño no necesita comentario alguno. La admisibilidad jurídica descansa en que dichas *mejoras* no suponen alteración de ningún tipo de la obra en sí. Mejoras éstas que cabrían perfectamente dentro del concepto que de ellas nos da LUNA SERRANO "el resultado de aquella conducta o serie de operaciones materiales o jurídicas que tienen por objeto aumentar de manera estable y relevante el valor de una cosa" ("Las mejoras fundiarias", Rev. Temis, 1965, pág. 65).

En cuanto a los gastos de restauración, limpiezas especializadas, tratamientos contra la carcoma, etc., creemos que no pueden ser calificados de mejoras sino que serán gastos necesarios.

un inmueble con pinturas murales, o de una obra artística de jardinería, o de un inmueble arquitectónico, no puede introducir en su bien modificaciones, incluso destruirlo sin permiso del autor? En principio, el dueño tiene la facultad de modificar físicamente o destruir la cosa. Ahora bien, en el ejercicio de esta facultad, el dueño debe no sólo mantenerse dentro de los límites que impone, en general, la prohibición de abuso del derecho, sino también, y muy particularmente, dentro de los límites que la buena fe impone en consideración al derecho de autor¹⁸³.

En última instancia, serán los tribunales quienes ponderen las circunstancias de cada caso concreto y hagan efectivamente *compatibles*, conforme al art. 3.º LPI, los derechos de autor y el derecho de propiedad sobre el soporte¹⁸⁴.

Finalmente, la doctrina se pregunta si se impone al adquirente de la obra original un deber de conservación, ofreciendo respuestas contrarias: de un lado, están quienes opinan que del derecho al respeto de la obra no parece que se derive la exigencia de una obligación de guarda y conservación a cargo del propietario¹⁸⁵; de otra, quienes apoyándose en una interpretación del contexto de la Ley, y sin que sea muy segura una tesis positiva que obligue a mantener la obra en buen estado de conservación, estiman que

¹⁸³ PEÑA, *op. cit.*, pág. 722.

¹⁸⁴ Así, p. e., los tribunales franceses estimaron legítimos los intereses del propietario (comitente de una fuente) que había sido encargada para adornar un centro comercial. La fuente presentaba el inconveniente de que salpicaba, volviendo resvaladizo el pavimento, con peligro también de provocar cortocircuitos. El artista se oponía a su retirada invocando la violación de su derecho moral. El Tribunal de Gran Instancia de París (sentencia 14 marzo 1974) reconoció que la remoción se debía a motivos legítimos, declarando que el comitente no tenía que resarcir al autor del perjuicio derivado por la violación de su derecho moral (cit. por FABIANI, "*I contratti di utilizzazione...*" *cit.*, pág. 270).

¹⁸⁵ CAFFARENA, *op. cit.* últimamente, pág. 284. En este punto sigue a GRECO & VERCELLONE (*I diritti sulle opere dell'ingegno*", Ed. U.T.E.T., Torino, 1974, pág. 119) quienes mantienen que el autor únicamente podrá reclamar cuando la situación objetiva u otros elementos pongan de manifiesto que el descuido del propietario esconda una auténtica voluntad de destrucción.

sería la deseable y más favorable desde el punto de vista cultural¹⁸⁶.

5.1.3.- Restricciones al *ius disponendi*.

Podemos encontrar dos tipos de restricciones a la facultad de disposición del dueño: de un lado, el derecho de participación o *droit de suite* que corresponde a los autores de obras de artes plásticas "*por el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente comercial*" (art. 24.1 LPI); de otro lado, en su caso, las restricciones impuestas por la Ley de Patrimonio Histórico Español, que concede al Estado los derechos de tanteo y retracto en las enajenaciones de bienes declarados de interés cultural o incluidos en el Inventario General. Analicemos separadamente ambos tipos de restricciones.

5.1.3.1.- El derecho de participación o *droit de suite*.

Consiste en esencia en la facultad del autor de participar en las plusvalías¹⁸⁷ que puedan obtener los adquirentes del ejemplar original (*corpus*

¹⁸⁶ ESPIN, "*Las facultades...*" cit., pág. 118 y 119.

A nuestro modo de ver, esta interpretación sería más acorde con las exigencias de normativa del Patrimonio Histórico Español que con la legislación estricta de la propiedad intelectual. El hecho de no incluir las obras de autores vivos entre los bienes de inventariados obedece más al propósito de mantener el señorío del autor sobre su obra (así, p. e., no se ve afectada la facultad de modificación (art. 14.5.º LPI) que a una falta de reconocimiento del interés cultural de dichas obras. Sobre la calificación de *Bien de Interés Cultural* véase § 5.1.3.2 de este mismo capítulo.

¹⁸⁷ En cambio, las legislaciones más avanzadas no exigen la existencia de una plusvalía efectiva que viene a dificultar enormemente la aplicabilidad del derecho, como ocurre en la Ley italiana (arts. 144 y 145). ESPIN observa como la reventa en pública subasta de sus obras ya implica una apreciación social de estimación hacia su obra creadora, aun con independencia de las fluctuaciones en su valoración económica ("*Los derechos de los autores y de los artistas-intérpretes y ejecutantes en el Proyecto de Ley español de la Propiedad Intelectual de 1986*", Ed. Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987, pág. 37). Para Jean-Louis DUCHEMIN, resulta prácticamente imposible calcular el derecho de continuación sobre la plusvalía, puesto que es preciso conocer en cada caso particular el precio de venta de origen o por lo menos el precio de la venta anterior, razón por la cual se ha venido a establecer una tasa sobre cada venta pública ("*Le droit de suite*", RIDA, número spécial 54-55 (1967/1968), pág. 375).

mechanicum) de su obra, al enajenarlo a terceros compradores en sucesivas ventas públicas. Podría definirse como un derecho de autor de carácter patrimonial¹⁸⁸, que tiene como fundamento el permitir a sus titulares, los artistas plásticos y sus causahabientes, aminorar la disfunción que supone su limitada percepción del derecho de distribución, disfrutando de una participación porcentual del precio de reventa de sus obras, que habrán de pagar los vendedores de las mismas cuando estas se realicen, en establecimiento mercantil o con la intervención de un intermediario mercantil.

El art. 24 de la LPI¹⁸⁹, sin bautizar¹⁹⁰ a este derecho, reconoce, bajo

A estas razones de tipo práctico se puede añadir una de tipo teórico: el hecho generador del derecho de participación no es la plusvalía alcanzada por la obra de arte, sino la "reutilización" de la misma, de igual modo que cuando se utiliza una obra literaria o musical.

¹⁸⁸ A pesar de que este derecho está impregnado de notas que lo asemejan a los derechos morales, no se trata sin embargo de un derecho moral, sino patrimonial. Entre otros argumentos se aduce la redacción del art. 132 de la LPI, al determinar que la actividad de las Entidades de Gestión se extiende a los derechos de explotación "u otros de carácter patrimonial" aludiendo claramente a los regulados en los artículos 24 y 25 de la LPI (GUTIERREZ VICEN, J.: "El derecho de participación (*Droit de Suite*)", en "La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, pág. 150).

¹⁸⁹ Tras la reforma de la LPI de 7 de julio de 1992, el art. 24 ha quedado redactado de la siguiente manera:

"1. Los autores de obras de artes plásticas tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las obras de artes aplicadas.

2. La mencionada participación de los autores será del 3 por 100 del precio de la reventa, y nacerá el derecho a percibir aquélla cuando dicho precio sea igual o superior a 300.000 ptas. por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario.

3. El derecho establecido en el párrafo 1 de este artículo es irrenunciable, se transmitirá únicamente por sucesión "mortis causa" y se extinguirá transcurridos sesenta años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor.

4. Los subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, o agentes mercantiles que hayan intervenido en la reventa deberán notificarla a la Entidad de gestión correspondiente o, en su caso, al autor o sus derechohabientes, en el plazo de dos meses, y facilitarán la documentación necesaria para la práctica de la correspondiente liquidación. Asimismo, cuando actúen por cuenta o encargo del vendedor, responderán solidariamente con éste del pago del derecho, a cuyo efecto retendrán del precio la participación que proceda. En todo caso, se considerarán depositarios del importe de dicha participación.

5. La acción para hacer efectivo el derecho ante los mencionados subastadores, titulares de establecimientos mercantiles, comerciantes y agentes, prescribirá a los tres años

ciertas condiciones, a los artistas plásticos el derecho a percibir un porcentaje sobre el precio de reventa de sus obras.

Su fundamento descansa en el principio de equidad y busca compensar al artista que de joven quizá vendió a bajo precio sus obras¹⁹¹; y en que admitido el principio de que la retribución al autor en compensación a su autorización para la explotación de su obra debe fijarse con carácter general en forma de participación en los rendimientos que esa explotación proporcione, parece que no debe existir ninguna dificultad en trasladar ese principio a los supuestos de enajenación del *corpus mechanicum*¹⁹².

En consecuencia, no existe la misma identidad de razón para incluir en el objeto de este derecho los manuscritos originales de escritores y compositores, aunque algunas legislaciones, siguiendo el modelo del art. 14 *ter.* del Convenio de Berna, lo hagan. Con independencia del precio que puedan alcanzar los manuscritos, la retribución natural del literato y del músico no se basa en la venta de los éstos que se agota en un solo acto sino en la multiplicación de ejemplares o en la representación de su obra.

Supone una restricción importante al derecho de propiedad del dueño

de la notificación de la reventa. Transcurrido dicho plazo sin que el importe de la participación del autor hubiera sido objeto de reclamación, se procederá al ingreso del mismo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes que reglamentariamente se establezca y regule."

¹⁹⁰ Este derecho es mundialmente conocido por su nombre francés: *droit de suite*. La doctrina española también lo ha venido denominando "derecho de continuación" o "derecho de seguimiento". En la actualidad parece preferirse la denominación de "*derecho de participación*", quizá como consecuencia de la dicción del propio art. 24: "*derecho a exigir del vendedor una participación*".

¹⁹¹ Sin embargo, no todo han sido los para la implantación de este derecho. Se ha dicho (CASAS, *op. cit.*, pág. 277) que es un derecho que proporciona al artista equivocado (el ya famoso, único que dispone de un mercado secundario) una cantidad insignificante en un momento también equivocado (al final de su carrera).

¹⁹² Se fundamentaría en la idea de entender este derecho como una forma de compensar a los autores de las obras plásticas por su limitación en el disfrute del derecho de distribución con relación a los autores de las restantes ramas de la creación (GUTIERREZ VICEN, J.: "*El derecho de participación...*" *cit.*, pág. 151).

de la obra de arte¹⁹³ que tendrá que tolerar que la reventa realizada en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente comercial esté sujeta al pago del referido porcentaje. En cuanto a los subastadores, comerciantes y agentes son responsables (únicos o solidarios con el comitente revendedor) del pago del derecho, además del cumplimiento de las correspondientes obligaciones de información. Si, según la letra de la Ley, "en todo caso" (es decir, hayan actuado por sí o por encargo de otro) son "depositarios" del importe del derecho, es porque, también en todo caso, están obligados a separarlo (si actúan por sí) o a retenerlo (si actúan por otro) del precio de la venta, teniéndolo a disposición de la entidad de gestión, o del autor o sus derechohabientes, por todo el plazo de la prescripción, y, transcurrido éste, a realizar su ingreso en el Fondo de Ayuda a la Bellas Artes¹⁹⁴.

El cumplimiento de los requisitos legales supone el nacimiento de un derecho de crédito del autor, que emana, por ministerio de la ley, de su propio derecho de autor, con un mecanismo jurídico semejante al que se deriva del derecho de reproducción¹⁹⁵.

El derecho de participación presenta innegables semejanzas con el derecho de laudemio previsto en los arts. 1.644 y ss. del Cc para el caso de

¹⁹³ Para RAMS el problema central del derecho de seguimiento reside precisamente en la indeterminación de los derechos que sobre las obras plásticas tienen sus poseedores no autores (¿dueños?) y los que corresponden o mantienen sobre ellas los autores enajenantes ("*Comentario al art. 24 LPI*" en "*Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*" dirigidos por M. Albaladejo, tomo V, Ed. Edersa, Madrid, en prensa). Se percibe pues una situación de concurrencia de titularidades sobre la obra plástica original.

¹⁹⁴ DELGADO PORRAS, A.: "*Crónica de España: La Ley 20/1992, de 7 de julio, modificativa de varias disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987*", RIDA, núm. 154, oct. 1992, pág. 91.

¹⁹⁵ VALLES RODRIGUEZ, M.: "*Comentario al artículo 24*" en "*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*" cit., pág. 450.

enajenaciones de fincas enfitéuticas¹⁹⁶; ambos derechos consisten en un porcentaje sobre el precio de reventa de un bien, y en ambos, aquél con derecho al referido porcentaje es quién no disfruta de la posesión ni de las facultades dominicales de la cosa enajenada pero, a la vez, han de abstenerse de deteriorar la cosa objeto del derecho. Sin embargo, las diferencias entre ambas figuras también son patentes¹⁹⁷; así:

- Por el distinto origen de una y otra: origen contractual del derecho de laudemio, pues "*sólo se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis*" (art. 1.644 Cc) frente al origen *ex lege* del derecho de participación contemplado por el art. 24 LPI,

¹⁹⁶ Esta semejanza fue señalada ya por PEÑA al describir el *droit de suite* como "una especie de derecho de laudemio" ("*Comentario a los artículos 428 y 429*" cit. pág. 723). Últimamente, RAMS ha puesto de relieve que en la enajenación de una obra plástica original y única no hay transferencia del dominio pleno sobre la obra, sino que da lugar a la creación de un derecho real de perfiles y nombre no determinados que, aun proporcionando al sujeto una posesión "dominical" del bien, no es traducible por un señorío absoluto sobre la cosa transferida y cuya disciplina, mal servida por las normas, tiene un innegable parentesco con la caracterización de ciertos tipos de censo ("*Comentario al art. 24 LPI*" cit.).

¹⁹⁷ Además de las diferencias concretas entre el derecho de laudemio y el *droit de suite*, existen también otras diferencias entre la situación enfitéutica y la relación entre el artista y el propietario del soporte al que se halla incorporada la obra, derivadas de la propia naturaleza de la propiedad ordinaria y la intelectual: así, el art. 1.628 C.c. dispone que "*el censo enfitéutico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles*", frente al carácter eminentemente mueble de las obras de arte, (pues las obras de arte arquitectónicas han de ser admitidas con muchas cautelas dentro del objeto de la propiedad intelectual, como consecuencia de su exclusión por el art. 10 LPI, y desde luego no parecería aplicable a las mismas el *droit de suite*).

Otra de las diferencias más características es la reserva por el dueño directo del derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio (art. 1.605), derecho a canon que falta en la enajenación de las obras de arte.

La obligación del enfiteuta de pagar la pensión anual se establece en consideración a ser el pago del canon el único medio para que el enfiteuta reconozca el dominio directo del censualista; pues todas las facultades dominicales de la finca, -exceptuando el reconocimiento a que se refiere el art. 1.647-, las conserva el enfiteuta; aunque, como observa CUADRADO IGLESIAS (*Aprovechamiento...* cit., pág. 313), la percepción del canon por el dueño directo o concedente no forma parte del contenido directo de la propiedad (no es facultad del dominio). Sin embargo, el artista no necesita para el reconocimiento de la paternidad sobre su obra el pago de una pensión anual, pues dicho derecho se encuentra reconocido con carácter irrenunciable e inalienable en el art. 14. 3.º LPI.

que además de estar contenido en una norma imperativa es "*irrenunciable*"¹⁹⁸;

- Por la existencia de una cantidad mínima en el precio de venta de las obras de arte para que se devengue el *droit de suite*;

- En cuanto al sujeto obligado al pago, "*la obligación de pagar el laudemio corresponde al adquirente, salvo pacto en contrario*" (art. 1.645 Cc) frente a la obligación de pagar la participación que corresponde al vendedor (art. 24.4 LPI)¹⁹⁹;

- En cuanto a la prescripción del derecho de laudemio rige la prescripción ordinaria si no hubiere habido aviso previo de la enajenación, en caso contrario, "*no podrá el dueño directo reclamar, en su caso, el pago del laudemio sino dentro del año siguiente al día en que se inscriba la escritura en el Registro de la propiedad*" (art. 1.646 Cc); por el contrario, la acción para hacer efectivo el derecho de participación prescribirá a los tres años de la notificación de la reventa (art. 24.5 LPI)²⁰⁰;

- Por último, podemos encontrar otra diferencia, en el hecho de que con respecto a los artistas extranjeros en el *droit de suite* rige el principio de

¹⁹⁸ A esta inalienabilidad absoluta del derecho por actos entre vivos se ha objetado que debería ser excepcionada al sólo efecto de permitir la transferencia del derecho a una entidad de gestión (DELGADO PORRAS, "*Crónica...*" cit., pág. 91).

¹⁹⁹ Que la obligación de pagar laudemio corresponda al adquirente obedece al mismo motivo de reconocimiento del dominio directo que veíamos; el artista no necesita, en cambio, del pago de la participación para que le sea reconocida su paternidad, sino que lo que se busca, al obligar al vendedor, es facilitar la recaudación del derecho de participación.

²⁰⁰ En cuanto al destino de los derechos prescritos también es diferente: el art. 24.5 obliga a que sean ingresados en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. Con razón se ha dicho que esta obligación implica una perniciosa invasión del Fisco en el campo del derecho de autor, al propio tiempo que no se ve porqué otras remuneraciones de los autores, prescritas en el patrimonio de cualquier usuario de las obras, no reciben el mismo tratamiento parafiscal (DELGADO PORRAS, "*Crónica...*" cit. pág. 93).

reciprocidad²⁰¹ (art. 145.3 LPI), a diferencia de lo que ocurre en el derecho de laudemio que se regirá por la ley del lugar dónde estén sitos los inmuebles (art. 10.1 Cc).

Concluyendo, llegamos a la consideración de que, si bien una equiparación total resulta exagerada, existen algunos paralelismos que podrían servir de base para la aplicación analógica de ciertos preceptos que el Código civil dedica a la enfiteusis para llenar lagunas que pueden presentarse en algunos casos no previstos por el art. 24 de la LPI.

La otra alternativa sería ignorar los supuestos que caen fuera del marco descrito por la LPI, considerando que la LPI al no contemplarlos, ha querido dejarlos fuera de su ámbito de protección. Cualquiera que sea la solución por la que optemos, nos parece interesante analizar el alcance de estas posibles lagunas y su posible aplicación analógica. A estos efectos abriremos aquí un paréntesis que contenga los referidos extremos.

En primer lugar, el artículo 24 LPI hace referencia a una "reventa"²⁰². Literalmente significa que la *cesión inicial* habrá tenido que consistir en una "venta", para que así, la venta que se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con la intervención de un comerciante o agente mercantil constituya una "reventa". Una interpretación del precepto excluyéndose entonces del supuesto de hecho aquellas otras cesiones a título oneroso o gratuito que no sean compraventas (donaciones, permutas, daciones en pago, contratos de mecenazgo, etc.).

En nuestra opinión, en todas las clases de *cesión* de obras de arte por

²⁰¹ Sobre la aplicación en el plano internacional del *droit de suite*, especialmente en el marco de los países unionistas, véase ULMER, E.: "Le droit de suite et sa réglementation dans la convention de Berne" dans "Hommage à Henri Desbois. Etudes de propriété intellectuelle", Ed. Dalloz, Paris, 1974, págs. 91- 101.

²⁰² En el mismo sentido, el parágrafo 26 de la Ley alemana de 1965.

el propio artista, -mercado primario del arte-, se producen las mismas razones de equidad que han llevado al legislador a implantar este derecho para cuando se dé el supuesto de venta pública en el mercado secundario²⁰³. No en vano el art. 14. *ter.* de la Convención de Berna hace referencia a las "*ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor*"²⁰⁴; pero este artículo tiene un valor meramente programático (2.º párrafo) y por tanto no resulta de aplicación directa.

No parece posible ninguna interpretación analógica de las normas sobre la enfiteusis que nos ayude a incluir otras cesiones distintas de la venta en el supuesto de hecho contemplado por el art. 24 LPI, de manera que en este punto, nuestro símil resulta inoperante.

Sin embargo, creemos que la referencia a la "reventa" del art. 24 no debe ser interpretada en su sentido literal, sino que debe buscarse un sentido más teleológico (art. 3.º 1, *in fine* Cc), encaminado a compensar al autor cuya obra es enajenada en sucesivas ventas públicas, con independencia de la naturaleza de la primera cesión operada. Y, de acuerdo con la equidad (art. 3.º 2 Cc) no existe razón que justifique porqué el artista no se puede beneficiar del *droit de suite* si se vió obligado a desprenderse de su obra mediante una dación en pago para hacer frente a sus acreedores, permutarla por bienes esenciales o si regaló su pintura pensando que no se desprendía de ningún valor crematístico.

En nuestra opinión, el legislador español debió haber adoptado una fórmula descriptiva del supuesto de hecho generador del *droit de suite* como

²⁰³ Como señala RAMS la idea de reventa resultaba funcional y necesaria cuando el "derecho" o gravamen giraba sobre la concepción de participación de participación en la plusvalía generada; pero para el supuesto actual de generación del gravamen no deja de ser un verdadero engorro técnico-jurídico entorpecedor de una eficaz percepción ("*Comentario al art. 24*" *cit.*).

²⁰⁴ También según el art. 42 de la Ley francesa de 1957 basta "*cualquier cesión que se haya efectuado de la obra original*".

la contenida en la Convención del Berna, "*ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada operada por el autor*". El término "*reventa*", más restrictivo, puede dar lugar a no pocos conflictos.

En segundo lugar, cabe plantearse si se podría aplicar el referido *laudemio intelectual* a toda (segunda) enajenación a título oneroso a las que hace referencia el art. 1.644 C.c.²⁰⁵ Esto es, si la segunda enajenación tiene que consistir forzosamente en una venta o si puede tratarse de cualquier otra enajenación a título oneroso²⁰⁶, y además si la venta tiene que ser pública²⁰⁷.

En este punto, el divorcio entre el art. 1.644 C.c. y el art. 24. LPI es clara: únicamente generan *droit de suite* la venta que "*se realice en pública subasta, en establecimiento mercantil, o con intervención de un comerciante o agente mercantil*". Es decir, el derecho de participación no sólo exige la existencia de una compraventa (la inclusión, p. e., de las permutas dificultaría enormemente la valoración de la base para el cálculo del derecho, aunque ese mismo inconveniente se plantea a la hora de calcular el *laudemio*, p.e., en la permuta de fincas) sino que además no entrará en juego cuando dicha compraventa tenga lugar entre particulares.

En cuanto al requisito de que se trate de ventas públicas, creemos que no debe confundirse con el carácter mercantil de la compraventa. Cuando un particular venda la obra plástica a un comerciante, estaremos ante una compraventa mercantil, pues éste compra para revender con ánimo de lucro (art. 325 C. de Com.). Sin embargo, no creemos que dicha venta pudiera ser

²⁰⁵ El art. 1.644 emplea el término "enajenación" en su sentido más exacto, como sinónimo de transmisión o salida del patrimonio, y no como sinónimo de venta.

²⁰⁶ Es relativamente frecuente, no sólo entre marchantes sino también entre marchantes y clientes, que se celebren contratos de permuta, así p. e., para animar al cliente reacio que alega no tener paredes libres para colgar nuevas adquisiciones.

²⁰⁷ Un reconocido grupo de artistas españoles ha presentado recientemente el llamado "*Manifiesto de Zaragoza*". Pretenden una reforma de la LPI en el sentido de extender, entre otras cosas, la aplicación del *droit de suite* a cualquier transacción económica que se produzca a través de la venta de sus obras.

calificada de *pública*, pues le falta la nota de ofrecimiento público.

Se plantea, también, alguna duda en el caso de que la venta haya sido efectuada por el propio artista (el art. 326, 3.º C. de Com.: "*no se reputarán mercantiles... las ventas que de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres*"). En nuestra opinión, y consecuentemente con la postura siempre defendida de separar lo más posible el objeto y régimen del arte y de la artesanía, de la cultura y del folclore, estimamos que la referida excepción no debe extenderse a la venta de las obras de arte.

La razón de que las ventas privadas hayan sido excluidas del supuesto de hecho generador del *droit de suite* podríamos encontrarla en las dificultades prácticas que conllevaría la aplicación de tal derecho a las enajenaciones entre particulares²⁰⁸. Es más fácil disimular una venta privada que una pública y el *droit de suite* corre más riesgo de ser ignorado si la venta es privada²⁰⁹; y más fácil aun, será desconocerlo si la ley faculta a las partes para que se sirvan de otros contratos que las exoneren del derecho de pagar la referida remuneración. Consecuentemente, en este supuesto la especialidad del art. 24 LPI hace inaplicable la extensión analógica del art. 1.644 C.c.

Destacada la identidad con el censo enfiteútico, se podría considerar que estamos ante una "*enfiteusis especial*", es decir, no hay identidad total pero existen ciertas analogías. En base a éstas podríamos denominar a este

²⁰⁸ Con respecto al art. 42 de la ley francesa, FRANÇON señala que las ventas privadas deberían regularse en un Reglamento que anunció el párrafo 3 del citado precepto, y que aún no ha sido publicado (citado por VALLES RODRIGUEZ, *op. cit.*, pág. 451). Un Reglamento de este tipo que exigiera un Registro de las obras de arte enajenadas parece muy beneficioso para los artistas y supondría dotar de verdadera efectividad la facultad de acceso al ejemplar único o raro de la obra, único medio, a su vez, para que el artista ejercite, p. e., sus derechos de reproducción sobre la obra enajenada. Asimismo supondría una garantía de autenticidad para los futuros adquirentes. El inconveniente surge de la necesidad de llevar el estudio de un artista a los libros registrales.

²⁰⁹ FRANÇON, "*La propriété littéraire...*" *cit.*, pág. 70.

derecho "*enfiteusis artística*".

En tercer lugar, nos preguntamos si a falta de herederos testamentarios o abintestato del propietario material de la obra de arte podría aplicarse el art. 1.653 del Cc al caso de la "*enfiteusis artística*"; esto es, si puede revertir la obra de arte al artista que ha conservado el dominio directo (o a sus causahabientes) con prioridad a la sucesión del Estado. La sucesión a favor del dueño útil, -del artista-, al igual que en el caso de fincas enfitéuticas, quedaría limitada al bien cuyas facultades jurídicas se encontraban divididas.

Una vez planteada, poco o nada se puede decir a favor o en contra de esta hipótesis, como no sea el interés en reunificar en una sola mano el dominio directo y útil sobre la creación intelectual y la presunción de que el causante admiraba al artista, (presunción que no opera respecto del Estado). En definitiva, ¿no estructura el legislador el orden de sucesión intestada, aunque no sea exclusivamente, "sobre el patrón de la voluntad subjetiva de un causante medio"?

Aunque concluyéramos de forma negativa, dando prioridad a la norma del art. 956 Cc sobre los art. 1.653 y ss. del mismo cuerpo legal, dado el procedimiento establecido en el Decreto 2.091/1971, de 13 de agosto, sobre régimen administrativo de la sucesión *ab intestato* en favor del Estado²¹⁰ se nos volvería a plantear otra cuestión sobre misma base analógica: la procedencia o no de la aplicación de los derechos de tanteo y retracto que analizaremos en el próximo epígrafe. Si bien, puestos a admitir la existencia de una "*enfiteusis intelectual*", en el caso planteado sería aplicable el art.

²¹⁰ Conforme al referido Decreto, los bienes de la herencia serán enajenados (art. 15), salvo que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda (por acuerdo de la Junta Provincial Distribuidora de Herencias o del Delegado de Hacienda, considere que alguno o algunos de los bienes integrantes de la herencia pueda tener interés científico, histórico, artístico o de otro orden) exepítue de venta el bien o bienes de que se trate (art. 16). Esto nos lleva a la consideración de que, ya proceda la enajenación directa (arts. 95 LPE y 189 de su Reglamento) ya por subasta (art. 18 Decreto 2.091/71), entrarían en juego los mecanismos de los derechos de adquisición preferente: de los arrendatarios, colindantes, comuneros..., y, ¡porqué no!, de los artistas.

1.653 con preferencia a los arts. 1.636 y ss.

5.1.3.2.- Restricciones al derecho de disposición impuestas por los derechos de tanteo y retracto para las enajenaciones de bienes declarados de Interés Cultural o incluidos en el Inventario General.

La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (ley de PHE), en su art. 38, otorga a la Administración del Estado el derecho de tanteo y, subsidiariamente, el de retracto sobre los bienes inscritos en el Inventario General. Se trata, pues, de unos derechos legales de adquisición preferente. Los motivos de interés general a la hora de reconocer dichos derechos de adquisición preferente en favor del Estado sobre los bienes de declarados de interés cultural son patentes.

En cuanto a las obras de autores vivos, dispone el art. 9.º4 de la referida Ley que: *"no podrá ser declarada Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración"*. Esto es, las obras de autores vivos únicamente podrán estar sujetas a tanteo y retracto si han sido inventariados, lo cual no parece imposible a la vista del artículo 26²¹¹. Con esto se evidencia que la intersección entre la LPI y la Ley de PHE es mínima pero posible.

Resulta interesante advertir cómo el autor vivo ha sido preterido a la hora de calificar su obra "Bien de Interés Cultural". En principio, parece claro que el autor tiene interés a que su obra sea considerada de Interés Cultural, lo cual supone un mayor reconocimiento. Sin embargo, de su inclusión en el inventario pueden derivarse desventajas tales como trabas a la hora de formular la solicitud de exportación de sus obras, las cuales pueden repercutir negativamente a su implantación en mercados extranjeros, gravámenes, sanciones, etc.

²¹¹ ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: *"El tanteo y retracto en la nueva Ley de Patrimonio Histórico Español"*, RDP, 1987, pág. 12.

En nuestra opinión, debería ser preceptiva también la autorización del artista para que su obra sea declarada de Interés Cultural. Sin embargo, no creemos que la decisión deba ser tomada por el artista y el propietario conjuntamente sino que, podría aplicarse la norma prevista en el art. 23. 3 de la Ley PHE, según la cual cualquiera de ellos (incluidos los demás titulares de derechos reales) podrá incoar el procedimiento ante la Administración mediante la solicitud debidamente documentada. Entendemos que también se podrán presentar, -por los mismos legitimados-, solicitudes que se opongan a la inclusión de la referida obra en el inventario.

La restricción que para el propietario de la obra supone la declaración de la obra Bien de Interés Cultural es clara: ante el eventual fallecimiento del autor, la obra que él mismo no quiso autorizar su inventariado puede ser declarada de interés cultural, con todas las limitaciones a la propiedad que tal declaración supone. Pero además, como acabamos de ver, por la posibilidad de que las obras de artistas vivos sean también inventariadas.

Hemos preferido reservar para este epígrafe la posibilidad de aplicación analógica al artista que quiera recuperar la propiedad material sobre su obra de los derechos de tanteo y retracto, reconocidos recíprocamente al dueño directo y al dueño útil (los arts. 1.636 y ss. del C.c.). Desde nuestro punto de vista, supone la interpretación extensiva más interesante de la situación enfiteútica a las relaciones entre el artista y el dueño del soporte de la obra.

Aunque no será frecuente que el artista que enajenó su obra pretenda luego readquirirla²¹², no podemos descartar la posibilidad de que por motivos afectivos (p.e., para recuperar el retrato que pintó a su difunta madre), profesionales (para ejercitar el derecho de reproducción sin los inconvenientes que pueda plantear el tener que acudir a la *facultad de acceso*; o el artista

²¹² Vencida la fase de inédito, el autor tenderá a la divulgación de su obra. Además podemos añadir motivos de índole económica: rara vez el autor estará dispuesto a pagar por lo que únicamente él es capaz de crear.

que ante las críticas por un giro muy vanguardista de su obra, le interese readquirir algunas obras de épocas anteriores para mostrar su evolución), o simplemente, cuando por mero capricho le convenga.

La razón de ser del tanteo y del retracto reside en motivos de interés general. Si se trata de derechos de adquisición preferente concedidos por ley, es ésta la que, habiendo juzgado la situación, ha estimado conveniente facultar al titular de dicho derecho para adquirir la cosa, con el fin de proteger así la consecución de un interés, que puede ser egoísta del mencionado titular, pero que otras veces es un interés objetivo cuya satisfacción no se impone, pero se hace posible por el procedimiento de conceder derecho a un sujeto. La concesión de tales derechos, por ejemplo, en los casos de copropiedad, o de enfiteusis, o de pequeñas fincas rústicas en determinadas circunstancias, no tiene su base en la protección del interés del adquirente, sino en la de los intereses objetivos, que, aunque deja en manos de un sujeto el alcanzarlos o no, la ley estima deseables, como son la desaparición de la situación de copropiedad, o la unificación del dominio dividido o la concentración de parcelas de terreno excesivamente pequeñas para que su explotación sea lo rentable que podría²¹³.

La justificación de los derechos de tanteo y retracto se encuentra en el difícil equilibrio, en cuyas balanzas se situaba por un lado el principio de que la propiedad es libre, así como la contratación, y en el otro el de que los tanteos y retractos tutelan intereses supraindividuales, ya fueran familiares, ya generales de la sociedad. Es perceptible, por lo tanto, un doble fenómeno interrelacionado: los retractos y tanteos comienzan a justificarse por un "interés social" o "interés público", y como consecuencia de ello, aquellos que tutelan intereses supraindividuales que no sean generales de la sociedad, o cuya repercusión social ha desaparecido, son objeto de crítica y

²¹³ ALBALADEJO, *"Derecho civil"* cit., tomo III, vol. 2.º, pág. 354 y ss.

desaprobación²¹⁴.

Nos corresponde ahora, analizar si el fin perseguido por la Ley al conceder los derechos de tanteo y retracto recíprocamente al dueño directo y al útil en la enfiteusis es el mismo que podemos encontrar cuando sea el artista quien quiera retraer o tantear su propia obra.

Si el fin que se persigue con los derechos de adquisición preferente es el de reunificar en una sola mano el dominio pleno de la finca, ¿existe el mismo interés general y objetivo en que el artista pueda recuperar la obra que vendió de manera que reagrupe, junto a los derechos de autor que conserva el dominio directo sobre el cuerpo de su obra?

Ciertamente que la separación del dominio sobre el soporte de la obra artística, tal y como ha quedado descrita, no repercute en perjuicio de la economía nacional, y sólo aprovecha directamente al autor, con lo cual pertenecería al tipo de tanteos que en la actualidad se trata de restringir. Incluso se puede oponer que, el privar al artista de la "propiedad física" de la obra que cedió, redundaría en beneficio de su actividad creadora, al motivarle, en su caso, a que ejecute una nueva versión de la misma que pretendía recuperar.

Tan sólo en consideración al sujeto beneficiario cabría admitir que los intereses particulares del artista son también los intereses generales de la sociedad y si no sería una mínima contribución de ésta conceder los derechos de adquisición preferente a aquellos que enriquecen su patrimonio cultural. Aunque el referido tanteo no repercuta en ventajas económicas, sí puede suponer ventajas culturales. Además, el gravamen impuesto al dueño del dominio útil de la obra de arte -que la concesión del tanteo y retracto del

²¹⁴ COCA PAYERAS, M.: *"Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica"*, Ed. Publicaciones del Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1988, pág. 126 y ss.

artista supone- es el idéntico que en el caso del tanteo y retracto a favor del Estado, lo cual pone de manifiesto que la idea del retracto sobre las obras de arte no repugna al legislador.

Admitir la aplicación analógica de los derechos de adquisición preferente supone ir contra las líneas maestras sentadas por la jurisprudencia tradicional a la hora de interpretar estos derechos, que, salvo para el retracto de comuneros y los arrendaticios, venía dando cabida a una interpretación restrictiva a la hora de aplicarlos.

En la actualidad, sin embargo, tras la CE de 1978, el establecimiento por el legislador de los derechos de tanteo y retracto, constituye una delimitación del contenido del derecho de propiedad, en aras a la concreción de la función social de éste. Así lo ha considerado COCA PAYERAS lo cual le ha llevado a suponer unas consecuencias hermenéuticas importantes: debe zanjarse definitivamente la disputa de si las normas que establecen y regulan los derechos de tanteo y retracto, han de ser objeto de interpretación restrictiva o extensiva, y apostar en todo caso por lo segundo, e incluso por la interpretación analógica, dada la función social que encarnan. Las consecuencias de esta apuesta, pueden llevarnos a resultados inimaginables a la hora de la formulación. Resultados que, no necesariamente supondrán una potenciación de la actividad intervencionista del Estado frente a los particulares, sino que en ocasiones, especulativamente hablando, puede servir para lo contrario²¹⁵.

²¹⁵ "Tanteo y retracto..." *cit.*, pág. 300 y ss. En la doctrina italiana, RESCIGNO advierte que la "función social" ha servido para defender la estructura tradicional del instituto más que para cambiar el contenido y como consecuencia práctica consigue que sea extensible por vía analógica la norma de carácter excepcional destinada a realizar la función social, ya que al caer el principio general decae la prohibición de la analogía ("*Per un studio sulla proprietà*", Riv. Dir. Civile, 1972, pág. 43 y ss). En materia de propiedad intelectual, este autor hace una valiente utilización de la vía analógica al sugerir la aplicación de las normas del reconocimiento del hijo natural al caso del autor que reclama la paternidad de una obra que circula anónima (pág. 58 y 59). Por el contrario, LACRUZ, señala con sensatez que no existen acciones de reconocimiento de reclamación de filiación literaria y sí sólo de reconocimiento de la paternidad ("*Elementos...*", tomo III, Vol. 1.º, pág. 490).

No parecen suficientes las similitudes entre la enfiteusis y la *propiedad intelectual dividida* para la aplicación analógica de los derechos de adquisición preferente²¹⁶. Sin embargo, no resulta del todo descabellado un reconocimiento expreso de los mismos. En cuanto a la dificultad práctica que surgiría de conceder dichos derechos a todas las ventas o daciones en pago de las obras de autores vivos, únicamente podemos refutar que serán muy aislados los casos en los que el artista pretenda tanteo o retraer su obra, de manera que su reconocimiento jurídico no debe hacer peligrar la libertad de contratación del mercado del arte. Y para evitar que el artista ejercite sus derechos de adquisición preferente con fines especulativos se podría arbitrar una norma del tipo de la contenida en el art. 14.6.º II, LPI.

La concesión de los derechos de tanteo y retracto a favor de los artistas plásticos vendría a compensar, en parte, la más parca protección que reciben estos autores en comparación con los otros tipos de creadores. Por estas razones nos parece que, ante lo precario del planteamiento analógico formulado, proponemos la concesión de los derechos de tanteo y retracto a favor de estos artistas²¹⁷.

De admitir tales derechos de adquisición preferente a favor del artista plástico, por aplicación de las normas de la enfiteusis, se nos plantearía, en los contados casos en que a la LPI hay que superponerle la Ley de PHE, qué retracto sería de preferencia: si el retracto a favor del Estado del art. 36 de la Ley de PHE o el retracto a favor del artista por aplicación del art. 1.636 y ss.

²¹⁶ A este respecto, ha señalado RAMS que el ejercicio del derecho de seguimiento no es más que un derecho de crédito sobre una parte del precio; es decir, construido a imagen y semejanza del *laudemio*, aunque sin retracto y con un plazo de prescripción inferior al normal ("*Comentario al art. 24 LPI*" *cit.*).

²¹⁷ En este sentido, aunque con referencia a la posibilidad de que el autor pueje con el solo propósito de elevar el precio de venta de la obra para aumentar su porcentaje sobre la reventa, aduce RODRIGUEZ TAPIA el argumento moral de que debe otorgársele al autor siempre la posibilidad de recuperar sus obras aunque sea comprándolas ("*La cesión en exclusiva...*" *cit.*, pág. 326).

del Cc²¹⁸.

Con respecto a la concurrencia de los derechos de tanteo y retracto que tiene el Estado -en base a la Ley PHE- con otros derechos de preferente adquisición²¹⁹, como es el caso más frecuente del retracto de comuneros, (sobre todo por causas hereditarias), se ha observado que este último tiene siempre carácter preferente, porque prevalece la idea de consolidar el dominio en un solo titular, y porque parece absurda la idea de introducir un condominio entre diversos particulares y la Administración²²⁰. Pero, como quiera que esta necesidad de consolidación de la propiedad en una sola mano no existe entre el dominio directo y el útil de las obras de arte y, por tanto, no se corresponde con la necesidad de reunificar una situación de copropiedad *pro diviso* de las mismas, no resulta extrapolable a nuestro caso.

Pero si existieran serias necesidades de utilidad o interés público para adquirir ese bien, nos parece que debería utilizarse el procedimiento establecido en los artículos 76 a 84 de la Ley de Expropiación Forzosa y 92 a 96 de su Reglamento, a través de cuyos preceptos se pueden combinar los diversos intereses concurrentes²²¹.

²¹⁸ Dado que el Estado goza del privilegio de poder pagar el precio en un período no superior a dos ejercicios económicos (art. 81 de la Ley de Expropiación Forzosa y 38,2 Ley de PHE), parece que el vendedor estaría también muy interesado en que el retrayente fuera el propio artista que debería subrogarse en el mismo lugar y condiciones del comprador.

²¹⁹ La cuestión tiene mucha más trascendencia de la que, en principio pudiera parecer. El anteponer la preferencia de uno u otro de estos retractos, conlleva el aceptar la jurisdicción civil o la contencioso-administrativa.

²²⁰ ALVAREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pág. 55. En este sentido existe abundante doctrina y jurisprudencia que declara preferente el retracto de comuneros sobre todos los demás, incluso cuando concurra con los derechos de adquisición más fuertes y protegidos como son los que se reconocen al arrendatario rústico y urbano.

²²¹ ALVAREZ ALVAREZ señala esta posibilidad con respecto a las ventas interiores (dentro del territorio nacional) de los bienes inventariados no declarados de interés cultural. El Estado -añade- no pierde nada y sí ganaría la sociedad española si el tráfico de bienes inventariados se hiciera libremente, sin tanteo y retracto, porque no existe riesgo de sustracción para el Patrimonio Histórico-Artístico Español de esos bienes (*op. cit.*, pág. 9).

En definitiva, de lo que se trata es de valorar qué interés es más digno de protección, el de incrementar el PHE a través de los derechos legales de adquisición preferente, o el reconocimiento de este otro derecho que hemos venido predicando en favor de los artistas plásticos.

5.1.4.- Restricciones a la facultad de exclusión.

La facultad de exclusión *erga omnes* que ostenta cualquier propietario se encuentra limitada en el caso del propietario de la obra de arte por el derecho que corresponde al autor de acceso al ejemplar único o raro de la obra reconocido en el art. 14, 7.º LPI y al que ya hemos hecho referencia. Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter instrumental del derecho de acceso, parece lógico pensar que dicho derecho se encuentra condicionado por las facultades que corresponden al autor, de tal manera que si un determinado derecho de explotación fue cedido en exclusiva, no podrá el autor valerse del artículo 14, 7.º para acceder a la obra en el período de edición²²².

La facultad que corresponde al autor sobre el original de la obra no permite el desplazamiento de ésta, lo que incidiría muy fuertemente en la titularidad dominical del adquirente de la obra. También excedería con frecuencia de la finalidad de la norma consistente en poder obtener reproducciones fotográficas, dibujos, etc., al objeto de poder ejercitar la explotación de la obra que le corresponde, salvo que la hubiera cedido²²³.

Como excepción al derecho de autor, al propietario le corresponde el

²²² CAFFARENA, "Comentario al artículo 14" *cit.*, pág. 297.

²²³ ESPIN, "Las facultades..." *cit.*, pág. 118, donde añade que además la facultad de acceso a la obra ha de realizarse *civiliter* (art. 14.7.º, parte 2.ª).

derecho, salvo pacto en contrario, de exposición pública²²⁴ (art. 56,2). El derecho de exposición puede responder bien al ejercicio del derecho de comunicación pública previsto en el art. 20,1., bien al ejercicio del derecho de divulgación, si la obra no ha sido divulgada aún en las condiciones exigidas por el art. 4.º LPI, pues, la presunción del art. 56, 2 incluye expresamente el supuesto de que la obra no haya sido divulgada.

En este último caso nos enfrentamos al problema de que si la obra no ha sido aún divulgada quiebra el carácter irrenunciable e inalienable del derecho de divulgación (art. 14,1 LPI). Para salvar este escollo se ha propuesto que la divulgación se produce en el momento en que el autor enajena la obra²²⁵, es decir, el soporte al que se incorpora ésta.

Esta interpretación parece chocar con la dicción del artículo 4.º, que hace referencia a su acceso por primera vez al *público* y no a ojos ajenos a los del autor. Pero dicha objeción se salva si tenemos en cuenta que el autor, al decidir si su obra va a ser divulgada, escoge la *forma* (art. 14,1.º) de la misma. La *forma* de divulgación puede ser perfectamente la venta de la obra plástica, pues con ésta la obra sale de su esfera privada.

²²⁴ En un reciente estudio sobre el derecho de exposición, Wladimir DUCHEMIN encuadra este derecho entre los derechos exclusivos de explotación de la obra, independiente de otros derechos de autor, -como el derecho de acceso o de préstamo-, diferente del derecho de propiedad sobre el soporte de la obra y que debe ser administrado colectivamente. Pero consciente de la necesidad de encontrar un equilibrio entre este derecho exclusivo del autor y la posesión del soporte material de la obra estima que la forma adecuada sería concediendo al creador un derecho a percibir una remuneración que sirviera para reconciliar los intereses del artista y del propietario. Finalmente añade que cabría también establecer un sistema de limitaciones al derecho de exposición ("*Reflexions sur le droit d'exposition*", RIDA, núm. 156, abril 1993, págs. 69-91).

²²⁵ HUALDE, *op. cit.*, pág. 864, quién sigue en este punto a LALIGANT ("*La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*", Paris, 1983, pág. 119 y ss.). Se ha sugerido también otra interpretación: entender que el precepto presume, salvo pacto en contra, que el artista, al transmitir la obra, dió su consentimiento para que el propietario la divulgase. Ello, contra lo que quizá pueda parecer, no supone una renuncia o cesión del derecho de divulgación, sino, simplemente, su ejercicio. Lo que importa no es que el autor haga la obra accesible al público -cosa que puede hacer otro por él-, sino que consienta en ello (CASAS, *op. cit.*, pág. 267).

Dentro de los posibles criterios para determinar la noción de divulgación de las obras de arte, se ha señalado la venta, la exposición, la puesta a la venta, reproducción a título oneroso, aunque puede pensarse que esta enumeración no es cerrada²²⁶.

Pudiera encontrarse también cierta contradicción con el art. 14,7.º que reconoce al autor la facultad de "acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el *derecho de divulgación*". Aunque lo normal será que el derecho de acceso tenga especial importancia práctica respecto de obras plásticas, también puede ser importante en otro tipo de obras²²⁷, como pueden ser los epistolarios. En consecuencia, se podría replicar que puesto que el legislador ha empleado la conjunción alternativa "o" no es perentorio que el derecho ejercitado sea siempre el derecho de divulgación, pudiendo ser *cualquier otro que le corresponda*.

Resulta más práctico admitir que la venta de la obra de arte constituye uno de los modos de divulgación, y no sólo pensando en que el derecho de explotación corresponda al adquirente de la misma sino porque también²²⁸, en caso contrario tampoco se podría admitir la puesta a la venta de la obra en un establecimiento público o la venta de la susodicha obra a un museo (u otra entidad en donde el público tenga acceso a la obra), afectando entonces a la facultad de disposición del dueño de la obra en unos términos *incompatibles* con su derecho de propiedad (art. 3.º- 1.ºLPI).

No obstante, cabe que el autor excluya expresamente, -si está en

²²⁶ CRIONNET, M.: "*Les droits intellectuelles et les régimes matrimoniaux en droit français*", Paris, 1975, pá 108 y ss., citado por ROGEL, "*Bienes gananciales, ...*" cit., pág. 1.847.

²²⁷ CAFFARENA, "*Comentario al artículo 14*" cit., pág. 296.

²²⁸ HUALDE observa que, aunque parezca lo contrario, la concesión al propietario del derecho de exposición es beneficiosa para el autor. La exposición del original, que ya no es de su propiedad, puede ayudar a la reentrada y revalorización de la obra en el comercio, con los subsiguientes beneficios que el autor puede obtener (*droit de suite*) de la reventa (*op. cit.*, págs. 863 y ss.).

condiciones de imponerlo-, en el acto de enajenación esta cesión *ope legis* del derecho de exposición²²⁹. En nuestra opinión, tanto si el autor se reservó para sí el ejercicio del derecho de exposición como si únicamente excluyó que el adquirente pudiera ejercitar tal derecho, podría hablarse de que mediante dicha reserva se constituye una especie de *servidumbre*²³⁰ sobre la propiedad del soporte. En el primer caso estaríamos ante una servidumbre *positiva* ya que el dueño del soporte estaría obligado a tolerar la exposición; en el segundo, ante una *negativa* puesto que el propietario estaría obligado a no hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre (art. 533 Cc). En ambos casos se trataría de servidumbres *no aparentes* (art. 532 Cc).

Se puede así justificar que la exclusión expresa del derecho de exposición hecha por el autor, vincule no sólo a quien adquiere la propiedad del autor sino también a cualquier otro adquirente ulterior²³¹. A este respecto, se ha señalado como es imposible un adquirente de buena fe del derecho de exposición, al igual que ocurre con todos los derechos de explotación, a diferencia de lo que puede suceder con la adquisición del soporte²³². Podemos añadir que la adquisición *a non domino* tiene por objeto la seguridad del tráfico, seguridad que no se ve afectada por el mantenimiento del derecho de exposición en manos del autor.

²²⁹ Sobre las restricciones al derecho de propiedad del dueño de la obra establecidas por vía contractual, véase PEÑA, *op. cit.* últimamente, págs. 723 y 724.

²³⁰ Al igual que para establecer analogías con las situaciones enfiteúticas y de propiedad separada tropezamos con el inconveniente de la naturaleza mueble de las obras de arte; por esta razón preferimos hablar de "especie de..." , "cuasiservidumbre", etc.

²³¹ CASAS se apoya en la aplicación del principio de que nadie puede transmitir lo que no tiene (*op. cit.*, pág. 275).

²³² Véase la doctrina alemana citada por HUALDE, *op. y loc. cit.* últimamente.

5.2.- Restricciones al derecho de propiedad intelectual del artista.

Pese a la presunta *compatibilidad* entre los derechos de autor y la propiedad sobre la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual, el artista plástico pierde ciertos derechos al enajenar su obra como la facultad de modificación de la obra, que a partir de entonces habrá de respetar "*los derechos adquiridos por terceros*" y, en su caso, "*las exigencias de Bienes de Interés Cultural*" (art. 14.5.º) o el derecho de exposición, en su caso (art. 56.2).

La referencia al respeto de los derechos adquiridos por terceros, dado que la Ley no indica cómo han de ser respetados, ha llevado a pensar en la posibilidad de su ejercicio siempre que fuera acompañada de la indemnización derivada del incumplimiento contractual²³³; pero, esta tesis debe ser matizada en el supuesto de las obras plásticas en las que, la pérdida del derecho de propiedad del objeto material *impide al artista introducir modificaciones* en su obra una vez que la ha enajenado²³⁴.

Algo similar ocurre con el *derecho de arrepentimiento* (art. 14.6.º). La doctrina niega este derecho al artista plástico una vez que ha enajenado el ejemplar único, pues sería tanto como permitir al autor realizar una verdadera expropiación²³⁵. La lectura íntegra del precepto hace pensar que éste sólo contempla las relaciones entre el autor y los cesionarios de los derechos de explotación de la obra²³⁶. El propietario de la obra plástica no tiene dicha obra en el *comercio* y el derecho de retirada no puede convertirse en una especie

²³³ ESPIN, "*La creación literaria, artística y científica como fundamento...*" *cit.*, págs. 40-42; si bien -añade-, deberá analizarse a la vista de las circunstancias variantes en cada caso particular deducidas del contrato de cesión, del tiempo de ejecución, etc.

²³⁴ VALLES RODRIGUEZ, "*Comentario al artículo 3.º*" *cit.*, pág. 55, que sigue en este extremo a LACRUZ; en el mismo sentido, CAFFARENA, *op. cit.* últimamente, pág. 287.

²³⁵ COLOMBET, "*Propriété littéraire...*" *cit.* pág. 126.

²³⁶ CAFFARENA, *op. cit.*, pág. 290.

de acción reivindicatoria.

Pese a ello, sin que el propietario deje de serlo, el derecho de arrepentimiento le impedirá reproducirla (si es que se le había reconocido el derecho a hacerlo) y también proceder a su exposición pública²³⁷, puesto que este derecho sí forma parte del haz de derechos de explotación del autor (comunicación pública).

El reconocimiento de los derechos de tanteo y retracto que hemos venido proponiendo a favor del artista encuentra aquí su mejor fundamento: el artista podría recuperar su obra cuando ésta sea puesta en el comercio sin causar perjuicios al propietario fuera de la limitación a la libertad de contratación que los derechos de adquisición preferente suponen. Por eso, en este caso no se podría hablar de *indemnización* sino de *precio*.

Entre los derechos patrimoniales, el creador de una obra de arte se encuentra privado, salvo exclusión expresa, del derecho de exposición pública de la obra²³⁸ (art. 56.2 LPI) al que ya hemos hecho referencia.

5.3.- Derecho del autor sobre el soporte abandonado de su obra.

Por causa de su incorporeidad, la obra no puede ser aprehendida materialmente y, por tanto, su posesión no puede presentar esa similitud exterior con el dominio que es la característica de la posesión de bienes corporales y que lleva al legislador a tomar una actitud tutelar de esta apariencia de dominio²³⁹. Sobre la pura obra intelectual no cabe propiamente

²³⁷ CASAS, *op. cit.*, pág. 271 y 272.

²³⁸ En el ya mencionado "*Manifiesto de Zaragoza*", los artistas firmantes reivindican también el derecho de exposición como derecho del creador y no del propietario de la obra de arte y el derecho a saber en todo momento el paradero de sus obras.

²³⁹ DIAZ GARCIA, J.: "*La posesión aplicada a las obras literarias*", RGLJ, 1948, 2.º semestre, pág. 528 y ss.

posesión o dominación *excluyente* de hecho, ni caben las instituciones que se basan en la posesión: ocupación, aplicación de la doctrina del artículo 464 del Código civil, prenda con desplazamiento²⁴⁰. Por ello, se ha señalado que la obra literaria no puede ser *nullius* porque las obras no pueden tener una existencia propia anterior a su apropiación por el primer ocupante y, por tanto, no son susceptibles de ocupación²⁴¹.

Ahora bien, cuando un artista abandona el soporte único de su obra, y dada la íntima relación entre el *corpus mysticum* y el *corpus mechanicum*, sigue conservando ciertos derechos sobre el ejemplar abandonado. El artista puede seguir controlando jurídicamente el destino de su obra aún después de haberla abandonado²⁴².

Aparte del derecho de divulgación que, indiscutiblemente, no podrá ser ejercido por el poseedor de la obra artística encontrada, cabe plantearse si el ocupante puede adquirir únicamente la propiedad sobre la materia con exclusión de la obra que a ella se incorpora (así, por ejemplo, cuando el lienzo abandonado por un pintor es tratado por otro pintor para ser "reutilizado" o se se aprovecha a modo de paraguas, etc.) o si es lícito apropiarse del soporte de la creación dándole el mismo fin que su autor pretendía evitar por medio de su destrucción.

El primero de los supuestos no presenta ninguna particularidad con respecto al modo tradicional de adquisición por medio de la ocupación: toma de posesión de una cosa, mueble no poseída, sin dueño, con ánimo de

²⁴⁰ PEÑA, "Comentario a los artículos 428 y 429" cit., pág. 718.

²⁴¹ DIAZ GARCIA, *op. y loc. cit.*

²⁴² Esto es lo que ocurrió en el pintoresco caso *Camoin c/ Carco* (Paris, 6 mars 1931, D., 1931, 2, 88): la Corte de París decidió que quién encuentra los trozos de un lienzo abandonado en un cubo de basura no puede restaurarlo para su divulgación. Se trata de un conflicto entre el derecho moral y la propiedad adquirida por vía de ocupación, modo de apropiación de las cosas abandonadas (COLOMBET, "*Propriété littéraire...*" cit., pág. 125-126).

hacerla nuestra²⁴³. La ocupación del lienzo "como cosa principal", (en sentido contrario a la regla del art. 377 Cc), no altera la decisión del artista de no divulgar.

Por el contrario, en el segundo caso, aunque se trate de un adquirente de buena fe, por tener la certeza de que se trata de un "*opus derelictum*", el art. 464 del C.c. choca directamente con el art. 14.1.º LPI. El autor, al abandonar su obra está ejercitando su derecho a no divulgar de la forma más efectiva posible. Sería inadmisibles que dicha obra llegara al mercado por la intervención y enriquecimiento de un tercero.

Este principio sólo quiebra con la muerte o declaración de fallecimiento del artista, pues la facultad de divulgación está comprendida dentro de las transmisibles *mortis causa* al albacea artístico o a los herederos del autor (art. 15.2. LPI). Aunque es discutible que éstos puedan ejercitar el referido derecho no sólo contra la manifiesta voluntad del autor sino también contra actos concluyentes, como la destrucción seguida del abandono de la obra.

Para "salvar" la obra de la condena impuesta por su propio creador, el camino más fácil será por medio del mecanismo establecido en el art. 40 LPI. Este artículo faculta al Juez para ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo, en que los derechohabientes del autor ejerciten su derecho a la no divulgación.

Aun así, ha de tenerse en cuenta que el art. 40 está pensando en el ejercicio *post mortem* del derecho de divulgación y, en el caso objeto de análisis, el autor había ejercitado durante su vida este derecho en sentido negativo que por tanto, pensamos, no lo transmite. No se puede equiparar la

²⁴³ ALBALADEJO, "*Derecho civil*" cit., tomo III, vol. 1.º, pág. 323.

prohibición del autor en sentido de que determinada obra no sea divulgada después de su muerte²⁴⁴ o la decisión en el mismo sentido tomada por sus derechohabientes, con el acto mismo de destrucción verificado en vida por el propio autor.

Tampoco parece viable el camino de la expropiación forzosa. Las facultades morales son *inexpropiables*, por tanto no creemos que sea posible la expropiación del soporte al que se haya incorporada la obra con vistas a su futura divulgación, único caso en el que dicha expropiación se podría justificar (por utilidad pública).

En nuestra opinión, el conflicto que se produce entre la facultad de divulgación y la propiedad material adquirida por ocupación podría explicarse, en cierta medida, con la ayuda de nuestra teoría de la *propiedad intelectual dividida*. El artista abandona únicamente la propiedad material de los fragmentos de la obra (el dominio directo): es lo único que deviene *nullius*. La propiedad intelectual no puede ser abandonada; es "irrenunciable e inalienable"; además, el artista, al destruir su obra, está ejercitando su derecho al inédito.

Ahora bien, ¿es ocupable el *corpus mechanicum* de la obra como tal obra, siempre que el adquirente pretenda conservar el ejemplar en su esfera privada? El derecho al inédito es oponible *erga omnes*, no sólo frente a los acreedores y frente a las autoridades²⁴⁵ sino también frente al propietario del soporte.

En cierta medida, podríamos sostener que el derecho a la divulgación

²⁴⁴ Y esto, aun cuando un importante sector doctrinal manifiesta que la prohibición del autor de divulgar debe ser respetada, *vid.* MOUCHET & RADAELLI, "El «derecho de inédito»..." *cit.*, pág. 166 y ss.; LACRUZ BERDEJO, "El ejercicio «post mortem auctoris»..." *cit.*, pág. 38.

²⁴⁵ MOUCHET & RADAELLI, "El «derecho de inédito»..." *cit.*, pág. 166.

de la obra puede ejercitarse de tres maneras agotándose únicamente mediante dos de ellas: En primer lugar, el ejercicio positivo de la facultad de divulgación por el autor supone la extinción del derecho de inédito²⁴⁶, (el ejercicio de esta facultad hace que ésta se agote en sí misma). En segundo lugar, en su aspecto negativo la facultad de divulgación se manifiesta a través del derecho al inédito que, puede ser definido como la facultad discrecional y exclusiva que corresponde al autor de que su obra no sea publicada sin su consentimiento²⁴⁷; esto es, mientras la obra se halla inédita, el autor conserva la facultad de divulgar o no, pues aunque tome la decisión de no divulgar, siempre puede cambiar de opinión; por ello, podemos decir que el ejercicio negativo del derecho de inédito no se agota en sí mismo. Ahora bien, cabe un tercer supuesto, que el autor ejercite su derecho a no divulgar destruyendo la obra. La destrucción, en cambio, sí agota el derecho al inédito, pues destruida la obra ya no caben arrepentimientos.

Juridicamente, la obra destruida por el autor ha dejado de existir, aun cuando la destrucción no haya sido efectiva. Sólo el autor podría "resucitarla" recomponiéndola y, en el caso de que la restauración hubiera sido efectuada por un tercero sin la anuencia de aquél, creemos que el autor recupera la facultad de divulgación *ab initio* pudiendo, ya exigir su destrucción, ya recuperar la propiedad tanto material como intelectual de la obra que creía destruida²⁴⁸. Creemos que esta es la única solución acorde con la irrenunciabilidad e inalienabilidad de las facultades morales; notas que confieren una fortísima protección hasta configurar esa clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra. Una soberanía quizá más plena y absoluta que la del dominio del propietario sobre cualquier otro bien, lo que

²⁴⁶ ALVAREZ ROMERO, "Significado..." *cit.*, pág. 101.

²⁴⁷ ALVAREZ ROMERO, *op. cit.* anteriormente, pág. 79.

²⁴⁸ De las decisiones expresadas en el *affaire Camoin c/ Carco*, deduce COLOBET que apuntan al derecho de divulgación, permitiendo al artista recuperar una tela que no había querido revelar al público y no el derecho de arrepentimiento que autorizaría al autor a tomar un lienzo voluntariamente alienado (*op. y loc. cit.* últimamente).

puede propiciar, en algún caso, que el derecho se pase al abuso en su ejercicio²⁴⁹.

5.4.- Un caso particular: los derechos del personaje retratado.

En este punto no nos ocuparemos de la adquisición de la propiedad del soporte o de los derechos de autor²⁵⁰ sino de la trascendencia que pueda tener en materia de propiedad intelectual el derecho a la propia imagen, derecho fundamental reconocido por el art. 18, 1 CE y desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo. Los derechos de la personalidad constituyen un límite al derecho de autor²⁵¹.

El derecho a la propia imagen consiste, en su última esencia, en el poder de decidir -consentir o impedir- la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.) así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento²⁵². El derecho a la propia imagen es, para cierta doctrina, una manifestación del derecho a la intimidad, con el que no se identificaría; proximidad innegable, de un lado, pero con diferencia última, por otro, que hoy parece más clara en vista de su tratamiento legal y jurisprudencial²⁵³.

Según el art. 7.º de la precitada Ley, *tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas:...* 5. *La captación, reproducción o publicación por*

²⁴⁹ AYMERICH RENTERIA, R.: "Algunas consideraciones sobre el derecho de autor..." cit, págs. 63 y 64.

²⁵⁰ Para ello, véase ROGEL, "Autores, coautores..." cit., pág. 66 y ss.

²⁵¹ FABIANI quien añade que esto se evidencia sobre todo en el retrato y en la correspondencia epistolar ("Esecuzione forzata..." cit, pág. 100).

²⁵² DIEZ PICAZO y GULLON, "Sistema..." cit., vol. I, pág. 356. Aun cuando la corriente actual, identifica imagen con la percepción exterior de los atributos de la personalidad, entre nosotros, esta idea pertenece más a la fama.

²⁵³ En este sentido, LACRUZ, "Elementos..." cit., tomo I, vol. 2.º, (reimpresión 1992), pág. 77.

*fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de la vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.º2; 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*²⁵⁴.

Ahora bien, según el referido art. 8.º2 "en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público".

En virtud de esta excepción, los supuestos mencionados quedarán fuera del ámbito de protección a la propia imagen y, por tanto, serán de libre utilización por su autor sin necesidad de obtener la autorización del retratado, tanto si constituyen obras protegibles de las contempladas en el art. 10 LPI como si se tratara de meras fotografías (art. 118 LPI), caso en el que, sin embargo, el derecho tendrá una duración de veinticinco años desde la realización de la fotografía. No parece, en cambio, que esta excepción alcance a la utilización de la imagen de personajes públicos con fines publicitarios²⁵⁵.

La protección civil que dispensa esta ley al honor, la intimidad y la propia imagen alcanza también a las personas fallecidas, pues "aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la

²⁵⁴ No existe creación intelectual protegible cuando se utiliza la imagen de una persona, sin su consentimiento, para fines publicitarios. También en este caso es preciso realizar una actividad de creación intelectual, pero no merece ser protegida por su ilicitud (DÍAZ ALABART, "Comentario al artículo 39" cit., pág. 594).

²⁵⁵ El Tribunal de Gran Instancia de París (avril 1970, J.C.P., 1970.II.16328) prohibió la publicación de una foto que representaba al Presidente de la República francesa al lado de la marca de una canoa automóvil, a bordo de la cual había sido tomada dicha fotografía durante su estancia de vacaciones en la Costa mediterránea (vid. DESBOIS, "Le droit d'auteur..." cit. págs. 413 y 414).

memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho" (Exposición de motivos). El plazo de protección de estos derechos se prolonga hasta ochenta años después del fallecimiento del afectado (art. 4.º.3 LO1/1982). Se trata por tanto de un plazo veinte años más largo que el de protección de los derechos de explotación del autor.

La reproducción y la exposición pública de un retrato²⁵⁶ necesita, por tanto, la autorización de la persona representada²⁵⁷ además de la autorización preceptiva del artista consecuencia derivada de su condición de autor.

El artículo 2.º.2 de la Ley que comentamos establece que "*no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviese expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso*"²⁵⁸.

Como observan DIEZ PICAZO y GULLON, la Ley no prohíbe los negocios jurídicos onerosos que tengan por objeto la autorización, sino que incluso los presupone al establecer las consecuencias jurídicas de la revocación del consentimiento y la de los negocios jurídicos que hubieran tenido tal consentimiento por objeto²⁵⁹.

²⁵⁶ Esta doctrina se aplica a cualquier tipo de retrato, ya sea obtenido por un procedimiento fotográfico o artístico como la pintura, escultura, diseño, grabado, etc. (GALTIERI, "*Protezione...*" cit., pág. 126).

²⁵⁷ BEREMBOON, "*Le droit d'auteur*" cit., pág. 82.

²⁵⁸ Sin embargo, respecto de los retratos, se ha estimado que esta necesidad se ve atemperada por el hecho de que la autorización de la persona representada puede ser tácita: salvo circunstancias excepcionales puede decirse que una persona que posa como modelo ha prestado su aprobación para que el artista exponga luego su obra (RECHT, "*Le Droit d'Auteur...*" cit., pág. 148). De lo dicho por este autor parece que a la hora de exigir el consentimiento del retratado hay que distinguir según se trate de un retrato de *modelo* o de un retrato de *encargo*.

²⁵⁹ *Op. cit.* últimamente, pág. 357 y ss.

Partiendo de esta posible onerosidad de la autorización, cabe pensar en una cierta relación de cotitularidad entre el artista y la figura retratada: no sólo será necesaria la autorización del personaje (como consecuencia de ser un derecho de la personalidad) sino que éste además podrá exigir a cambio una remuneración, que en virtud del principio de libertad contractual (art. 1.255 C.c.c) podría ser la cantidad proporcional a los beneficios que la explotación de su imagen reporte o a tanto alzado (con lo cual, puede cobrar también un contenido económico).

Los límites a los derechos de autor y al derecho a la propia imagen son distintos: así por ejemplo, mientras que es lícita la inclusión de una obra de carácter plástico (el retrato) a título de cita o para su análisis (art. 32 LPI), no estaría justificada la inclusión de la imagen del retratado sin su autorización, salvo que quede admitida *"por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia"* (art. 2.º LO 1/1982).

A pesar de la heterogeneidad de los derechos del personaje retratado y los del retratista podemos concluir que sí se podría hablar, en cierto modo, de una relación de cotitularidad²⁶⁰ entre ambos sobre el objeto que es común, necesitando de ambas autorizaciones para su reproducción e, incluso, pudiendo participar conjuntamente de los beneficios que ésta produzca. Sin embargo, una reproducción ilícita que carezca de las dos autorizaciones preceptivas, dará lugar a dos indemnizaciones distintas.

5.5.- Algunas particularidades sobre los epistolarios.

La división entre la propiedad material y la intelectual de los epistolarios estaba ya patente en la R.O. de 12 de agosto de 1908 que dispuso que "sí

²⁶⁰ Interesa señalar que algunos autores italianos incluyen tanto los derechos relativos a la correspondencia epistolar como los relativos al retrato entre los llamados *derechos conexos* por encontrarse allí regulados en la ley italiana (vid. GALTIERI, "Protezione..." cit., pág. 125 y ss.).

la propiedad material de las cartas particulares pertenece a la persona para quien fueron escritas, y esa persona, con arreglo al Código civil y a la Ley de Enjuiciamiento civil, puede hacer uso de ellas dentro y fuera de juicio para la prueba y defensa de los derechos y obligaciones que de las mismas puedan desprenderse ... es, sin embargo, evidente que el género epistolar, como toda obra del espíritu, está protegida por la Ley de Propiedad Intelectual". Como consecuencia, para su publicación se necesita la autorización del autor o de sus derechohabientes: "Los derechohabientes del autor de cartas, como de cualquier otra obra literaria, tienen el derecho de otorgar o denegar el permiso para la publicación de las mismas, como herederos de la propiedad intelectual del causante, aún cuando no sean los poseedores materiales de ellas, principio reconocido por la jurisprudencia de todos los países".

Para algunos autores es precisamente en las cartas que una persona dirige a otra donde mejor se percibe el desdoblamiento de estas propiedades. La propiedad intelectual es de quien las escribe y la material de quien las recibe o conserva²⁶¹. El autor, desprendiéndose de su carta, pierde la propiedad del objeto material²⁶², conservando únicamente una especie de dominio directo representado por la propiedad intelectual.

El destinatario no podrá, por tanto, publicar la correspondencia recibida. Por el contrario, sí tendrá derecho a desposeerse de ellas vendiéndolas como autógrafas²⁶³ o, incluso, podrá destruirlas, facultad excepcional en materia de propiedad intelectual que supone una salvedad a lo dispuesto en el art. 14.4.º de la LPI. El autor, para poder publicar las cartas necesitará, por tanto, de la autorización del destinatario.

²⁶¹ CHICO ORTIZ, "Estudio comparativo..." cit., pág. 266; también, "Principios y problemas..." cit., pág. 1.327.

²⁶² GIMENEZ BAYO & RODRIGUEZ-ARIAS, "La propiedad intelectual" cit., pág. 131.

²⁶³ DUMAS, "La Propriété littéraire..." cit., págs. 37-39.

La condición jurídica de las cartas ha sido descrita de la siguiente manera: "en ellas, como en cualquier otro escrito hay, de una parte, una producción intelectual, objeto del derecho de autor, y de otra, una cosa material objeto del derecho de propiedad. Puede haber además, una comunicación confidencial para el remitente o destinatario. El derecho de autor es del remitente, pero el de propiedad es del destinatario"²⁶⁴.

La doctrina francesa se ha preguntado si el destinatario de las cartas está facultado a rehusar su restitución en el caso de que el autor pretenda ejercer su derecho de divulgación. En caso de dar una respuesta afirmativa, la explotación de la obra se encontraría paralizada por el hecho de que la carta, "*objeto material*", está en manos del destinatario. El art. 29 de la Ley francesa dispone que los derechos de la propiedad incorporal "*subsisten en la persona del autor o de sus derechohabientes que, no obstante, no podrán exigir al propietario de la cosa material la puesta a disposición de este objeto para el ejercicio de dichos derechos*". Pero, a renglón seguido, se atenúa esta disposición, al añadir que "*en caso de abuso notorio del propietario, el Tribunal civil podrá tomar las medidas apropiadas conforme a las disposiciones del art. 20*". Para algún autor, el moderno procedimiento de la fotocopia, que evita al propietario desposeerse materialmente de la carta, hará que sea fácilmente calificable el abuso notorio²⁶⁵.

El principio de la buena fe y la regla contenida en el segundo párrafo del artículo 14.7.º imponen, sin duda, límites al ejercicio de la facultad de acceso. Del mismo modo hay casos en que el poseedor podrá oponerse al ejercicio del derecho que pretende el autor con el acceso a la obra, (piénsese en el supuesto en el que estén en juego derechos de la personalidad del

²⁶⁴ LACRUZ, "*Elementos...*" *cit.*, tomo III, vol. 1.º, pág. 499 y 500.

²⁶⁵ DUMAS, *op. y loc. cit.* En nuestra doctrina, llegaban a una solución parecida RODRIGUEZ-ARIAS y GIMENEZ BAYO, al considerar que el destinatario era un mero poseedor contra quien se podía ejercitar la acción reivindicatoria ("*La Propiedad Intelectual...*" *cit.*, pág. 131).

poseedor de la obra), se podrá oponer también a este acceso²⁶⁶.

Concluyendo, podemos sostener que, con arreglo a la legislación española, son dos las facultades morales que para el autor de cartas se encuentran cercenadas: el respeto a la integridad de la obra (puesto que el propietario material puede destruir la carta y no está obligado a su conservación) y, en base a la protección de los derechos de la personalidad, la facultad de acceso al ejemplar único.

5.6.- Conflictos entre la propiedad material e intelectual sobre las obras arquitectónicas.

La obra *arquitectónica* consiste en la concepción, representada plásticamente, o por otro medio, de una combinación de masas de orden tridimensional, constitutiva de un edificio al servicio de las necesidades de habitación del hombre²⁶⁷.

El art. 10,1. f) de la LPI incluye como objeto de propiedad intelectual a "los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería", pero no a las obras arquitectónicas en sí mismas consideradas; por eso se ha dicho que en todo caso está garantizada la protección indirecta²⁶⁸. No obstante, hay que entender que las obras arquitectónicas y de ingeniería, aunque consta expresamente que el legislador no las quiso mencionar dentro del objeto de la propiedad intelectual, deben ser consideradas como obras protegidas cuando tengan un grado de originalidad suficiente²⁶⁹; pues como tales son obras incluidas en el concepto básico de

²⁶⁶ CAFFARENA, "Comentario al artículo 14" cit., pág. 279.

²⁶⁷ BAYLOS, "Tratado..." cit., pág. 556, el subrayado es suyo.

²⁶⁸ DIETZ, *op. cit.* Últimamente, pág. 28.

²⁶⁹ BERCOVITZ, "Comentario al artículo 10" cit., pág. 237, donde aporta unas razones muy convincentes para llegar a esta aseveración, a las que remitimos.

obra protegida dado por el art. 10,1 LPI. Además aparecen contempladas entre las obras plásticas de artes aplicadas por el art. 2.º del Convenio de Berna.

La obra arquitectónica comprende, pues, un aspecto gráfico (bocetos y planos) y un aspecto volumétrico (edificio construido). Así pues, se distingue una fase de concepción o de composición y una fase de realización²⁷⁰. La obra arquitectónica incluye también una expresión artística y una solución original a un problema técnico. Esta última parece pertenecer más al campo de la defensa de la propiedad industrial que al de la defensa del derecho de autor, al cual concierne únicamente la forma representativa de la obra²⁷¹.

En cuanto a la posible falta de fidelidad del maestro de obra al ejecutar el proyecto algunos han mantenido que al autor del proyecto inicial le corresponde el derecho a repudiar la paternidad de la concepción de la obra y exigir que su nombre no conste en la misma²⁷²; otros, ante la carencia de una regulación precisa al respecto, proponen que el autor se proteja ante esta eventualidad por vía contractual, de manera que, sin vulnerar el derecho de propiedad del dueño del inmueble, sea limitado de manera temporal²⁷³. Desde

²⁷⁰ HUET, M.: "Architecture et droit d'auteur", RIDA, n.º 88 (1976), pág. 11. Por esta razón, COLOMBET señala que el arquitecto estará doblemente protegido, de una parte contra las reproducciones de sus planos y maquetas, pero de otra contra las reproducciones de los inmuebles que él haya hecho construir ("*Propriété...*" cit., pág. 56).

²⁷¹ PIOLA-CASELLI, "Diritti d'autore...", cit., pág. 683.

²⁷² PONTES NETO, H.: "Le droit d'auteur et l'architecte", Le Droit d'auteur, juillet-août 1983, pág. 223, basa esta afirmación en el art. 27 de la ley Brasileña n.º 5988. En términos análogos se manifiesta FLINT al señalar que cuando el cliente altera tanto los planos como el edificio construido, probablemente no se quebrantaría el *copyright* del arquitecto (*Hunter v. Fitzroy Robinson*). Sin embargo, el cliente no podría vender o alquilar tales edificios o planos como la obra inalterada del arquitecto. Precisamente, como consecuencia de una excepción en materia arquitectónica a la norma general del derecho moral de los autores a oponerse a cualquier alteración de su obra. El arquitecto tiene derecho a quitar su identificación como autor de dicha obra ("*A User's Guide to Copyright*", 3.ª edición, Ed. Butterworths, London-Dublin, Edinburgh, 1990, págs. 297 y 302).

²⁷³ OLIVARES ABAD, J. M.ª: "De una primera solución práctica y formal: Discordancias entre derechos dominicales sobre inmuebles y derecho moral en la propiedad intelectual de decoradores, jardineros y arquitectos", RDP, marzo, 1989, pág. 469 y ss.

otro punto de vista, cuando haya acuerdo entre ambos sobre los cambios del proyecto, se podría calificar, incluso, con respecto a la construcción de la obra arquitectónica, de obra en colaboración.

El arquitecto goza sobre su obra de todas las prerrogativas reconocidas por ley al autor de una obra del espíritu, a saber el derecho moral y los derechos patrimoniales. Sin embargo, en lo concerniente al derecho moral han de hacerse algunas reservas. En esta materia se admite como indispensable que el propietario pueda aportar al edificio las modificaciones y las transformaciones que considere indispensables para su utilidad y su finalidad que es, ante todo, funcional²⁷⁴.

De entre los distintos atributos morales se ha mantenido que en la arquitectura algunos de ellos están completamente en desuso y que no tienen la más mínima aplicación en la práctica; en particular estos son: el derecho de arrepentimiento y el de modificación. Teniendo en cuenta las bases sobre las que la arquitectura descansa, es decir, la construcción, el coste de tales arrepentimientos sería tal, que aún no se ha presentado el creador que se hay permitido el lujo de modificar a su costa una obra por él realizada²⁷⁵. Pero incluso, salvado este problema crematístico, pensamos que sería muy dudoso que el arquitecto pudiera modificar una construcción cuya propiedad material no le pertenece y cuya obra ha sido ya entregada. Como señalábamos antes, es el propietario del edificio quien, por excepción, está facultado para introducir en la obra de arquitectura las alteraciones que tenga por convenientes.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto es predicable únicamente respecto de las construcciones arquitectónicas. En nuestra opinión, los

²⁷⁴ DUMAS, "*La Propriété littéraire...*" cit., pág. 65. En este sentido, FLINT, citando la Sección 65 de la nueva Acta británica, señala que no se infringe el *copyright* por ninguna reconstrucción del edificio ("*A User's Guide to Copyright...*" cit., pág. 293).

²⁷⁵ HUET, "*Architecture...*" cit., pág. 27.

derechos morales sobre los diseños o planos no presentan, por el contrario, especiales características; en estos casos, estaremos más cerca de las relaciones entre el autor asalariado o el autor que realiza una obra por encargo con el empresario o comitente. También, dentro de este marco contractual deberá ser analizada la adquisición del derecho de reproducción sobre los planos e, incluso, la posibilidad de "recreación" múltiple de dichos planos para distintas construcciones²⁷⁶.

Pero también algunas facultades de contenido patrimonial de los arquitectos, como la de reproducción se encuentran especialmente limitadas. Así, el art. 35 LPI preceptúa que: "*Las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales*"²⁷⁷. El hecho de edificar o de

²⁷⁶ El Juez Warren K. Urbom sentenció que los planos originales no podían ser reproducidos por el cliente para ser usados en la construcción de una segunda estructura puesto que el arquitecto estaba actuando como constructor independiente (citado por HOFFMAN, P.: "*Judge Rules that Copyright Law Protects Architects*", in "*Modern Copyright Fundamentals*", edited by Ben Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learn Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington D.C., pág. 87 y ss.).

DUMAS parece llegar a una solución contraria, pues considera que, en principio, al arquitecto no le está permitido utilizar de nuevo los planos en la realización de una construcción idéntica, construida según los gustos y conveniencias personales del cliente, siendo el destino de la obra el que limita el ejercicio del derecho de reproducción. El caso sería diferente si el arquitecto hubiera concurrido al establecimiento de un plano tipo destinado a la construcción en serie (*op. cit.*, pág. 65 y 66). DESBOIS, interpretando el art. 28.3 de la ley francesa de 1957 el cual dispone que: "*para las obras de arquitectura, la reproducción consiste igualmente en la ejecución de un plano o proyecto-tipo*", considera que el Parlamento ha querido someter a un consentimiento distinto del arquitecto la edificación de cada una de las construcciones que son levantadas a partir de su plano-tipo, pero no subordinar la licitud de la ejecución del plano no autorizado (*op. cit.*, pág. 299).

²⁷⁷ GINSBURG ha criticado duramente una norma en este mismo sentido incluida en la reciente reforma del art. 101 del título 17 del U.S.C., (Acta de 1990). Además de que la legislación americana limita este supuesto únicamente al caso de las obras de arquitectura, cayendo dentro de la protección otras obras como esculturas monumentales, no se encuentra razón que justifique porqué la excepción a la protección prevista por la Ley se aplica a la representación en dos dimensiones de una construcción pero no a la representación en tres dimensiones, haciendo esta excepción bastante dudosa. ¿Porqué el derecho reconocido al arquitecto de autorizar, mediante remuneración, las reproducciones y explotaciones derivadas de su obra se extienden a la explotación en tres dimensiones, tales como sacapuntas que representan el *Empire State* en miniatura, o las esferas de plástico llenas de líquido que contienen una pequeña reproducción del Capitolio y que simulan el efecto de la nieve, pero no se extiende sin embargo a los *posters*, bolsas de la compra, cortinas para ducha, etc.?

emplazar en la vía pública una obra de arquitectura no implica en sí abandono alguno de los derechos de propiedad artística del autor y nadie debería reproducir el edificio construido sin la autorización de éste último²⁷⁸.

Unicamente encontramos justificación al límite del art. 35 cuando la reproducción sea realizada para uso privado del reproductor o cuando la inclusión de la obra situada en lugar público sea accesorio respecto de la obra principal. En todo caso, entendemos, cabría la reproducción realizada a título de cita o para su análisis (art. 32 LPI). En los demás casos, los artistas de obras situadas permanentemente en lugares públicos no deberían verse limitados *ex lege* de las alternativas de reproducción que ofrecen los medios bidimensionales, con todas las posibilidades de *merchandasing* que conllevan.

En conclusión, los derechos de autor sobre la obra de arquitectura en sí se encuentran bastante cercenados al verse restringidos en virtud del derecho de propiedad ordinaria del dueño del inmueble a quien le corresponden el derecho de modificación y de destrucción²⁷⁹. La justificación reside tanto en el destino de habitación que ha de estar sujeto a las necesidades del hombre como en el valor económico que con la construcción se aporta. Sin embargo, se mantiene un área en la cual los derechos morales siguen hondamente enraizados, y ésa es el derecho a la paternidad de la obra. El arquitecto tiene derecho a inscribir su nombre en la obra así como a exigir que se siga manteniendo; pero esta inscripción ha de figurar tanto en el mismo edificio como en los planos y reproducciones, ya sean fotográficos

Esta distinción no parece responder a ningún imperativo de orden público ("*Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artists Right Act and the Architectural Works Copyright Protection of 1990*", RIDA, n.º 152 (avril 1992) pág. 145-147).

²⁷⁸ CARREAU, C.: "*Mérite et droit d'auteur*", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981, pág. 178.

²⁷⁹ Que las facultades morales de modificación y de arrepentimiento no correspondan al arquitecto no presenta innovación alguna con respecto a la situación de otras obras plásticas que han sido enajenadas por el autor. La particularidad consiste en que dichos derechos corresponden al dueño del inmueble, el propietario del *corpus mechanicum*.

o cinematográficos²⁸⁰; a su vez, si el propietario del inmueble introduce en el mismo modificaciones que al arquitecto no le satisfagan, podrá invocar su derecho al anonimato y exigir que su nombre sea retirado de la obra.

²⁸⁰ HUET, *op. y loc. cit.* últimamente.

Conclusiones

COTITULARIDAD EN LAS OBRAS DE AUTOR PLÚRIMO

I

Al referirnos a la *conurrencia de titulares sobre la creación intelectual*, no se puede establecer un estatuto único bajo cuyo manto se cubran todas las posibles situaciones de cotitularidad que sobre la obra del ingenio se puedan presentar. El único denominador común es la necesidad de compaginar las titularidades compartidas que recaen sobre una misma obra, tanto en su aspecto moral como patrimonial. Dichas titularidades pueden ser cualitativamente iguales, como en las obras en colaboración, o distintas, como ocurre en los demás supuestos estudiados.

II

La coautoría en la obra intelectual aparece en el campo jurídico como un supuesto de comunidad de la que forman parte diversos coautores. Su origen normalmente será un contrato por el que se vinculan los diversos coautores de una manera expresa al que la LPI no exige formalidad alguna, por lo que será de aplicación la libertad de forma recogida en el art. 1.278 Cc.

Para que exista **obra en colaboración** se requiere: que el resultado de la obra sea unitario, que sean varios los autores y que los derechos sobre la obra correspondan a todos ellos.

Las cuotas de participación -siempre cualitativamente iguales- pueden ser cuantitativamente distintas. Cuando exista una relación de subordinación entre los coautores (laboral, académica,...) sus aportaciones pueden estar pautadas por determinadas consignas con tal de que ostenten cierta libertad creadora, no considerándose coautores los creadores de contribuciones meramente accesorias de la creación principal.

Si la aportación de algún coautor fuera meramente espiritual se requiere que los demás reconozcan indubitadamente su participación creativa, pues las meras ideas no están protegidas por la propiedad intelectual.

III

A la cooperación de varias personas jurídicas no es aplicable el régimen de las obras en colaboración, porque: 1.º) De una correcta interpretación del art. 7.º, a la luz del art. 5.º LPI, resulta que el estatuto de las obras en colaboración está pensado en base al autor persona natural (v. gr., art. 28. 1. LPI); 2.º) Teniendo en cuenta la gran influencia que la Ley francesa ha tenido en la redacción de nuestro régimen de las obras complejas, parece más adecuado entender que nuestro legislador no ha pretendido apartarse en este punto de su modelo sino que, simplemente, ha considerado innecesario insistir sobre la necesidad de que los autores sean personas naturales; y 3.º) Las personas jurídicas sólo pueden acceder a los beneficios de la condición de autor a través de las obras colectivas.

IV

A tenor del art. 7.º 2 LPI, interpretado *a contrario sensu*, cualquiera de los coautores podrá oponerse a la explotación de la obra en "*forma distinta*" a la que se divulgó. Esto es, tanto las *modificaciones sustitutivas* (que afectan al arquetipo de la obra) como las *derivativas* (que suponen una adaptación de la obra originaria) necesitan del consentimiento unánime de los coautores.

Según el art. 7.º2,1 para divulgar y modificar la obra en colaboración se requiere el consentimiento de *todos* los coautores. Si no existe unanimidad, la solución será adoptada judicialmente, y si la negativa no consiste en el cambio de convicciones intelectuales o morales el Juez, ponderando la causa alegada puede, incluso, decidir la divulgación de la obra. Pero si la negativa tiene como fundamento el cambio de convicciones aludido, el Juez -apreciada la existencia de la misma- carece de tal facultad decisoria y sólo podrá fijar la indemnización de daños y perjuicios, a satisfacer por el disidente.

El ejercicio *prematureo* (anterior a la divulgación de la obra en colaboración) del derecho de arrepentimiento, plantea un problema respecto al momento de exigibilidad de la indemnización. El art. 14. 6.º LPI, para limitar

el ejercicio del mismo, exige que la indemnización sea *previa* a la *retirada*. Si el derecho de arrepentimiento se ejercita con anterioridad a la divulgación de la obra, ésta quedará inédita y, por tanto, ya nunca podrá ser retirada. En cuanto al destino de la obra condenada a permanecer inédita por causa de la disidencia de alguno de los coautores, creemos que los restantes podrán disponer de sus aportaciones como tengan por conveniente.

V

En el caso de fallecimiento sin sucesores de alguno de los coautores, su derecho debería acrecer al de los demás. Se evita de este modo introducir un elemento ajeno a la colaboración -el Estado- que puede entorpecer no sólo las tomas de decisión de los herederos de los demás coautores, sino las de ellos mismos.

Fallecido uno de los colaboradores, las facultades confiadas a su albacea literario o, en su defecto, a los herederos del mismo, son parejas a las de los coautores supérstites, como garante de los derechos del fallecido. Su consentimiento se requiere de igual modo que el de los demás coautores: tanto en los casos en que el acuerdo haya de ser tomado por unanimidad como para aquéllos en que baste la mayoría. En defecto de acuerdo, también el albacea o sus herederos podrán acudir al Juez.

VI

En relación con el requisito de la edición exigido para las **obras colectivas**, consideramos que: 1.º) La obra colectiva existe desde antes de la publicación e incluso desde antes de su terminación; 2.º) No es necesario que se trate de editores de profesión; 3.º) En el art. 8.º, los términos "editar" y "publicar" son sinónimos de "divulgar"; 4.º) Tanto las obras plásticas como las informáticas y arquitectónicas, podrán ser obras colectivas, siendo mucho más remoto que tengan cabida las exposiciones, no sólo por dudosa "editabilidad" sino por el más grave escollo de que estas actividades constituyan verdaderas

creaciones intelectuales unitarias y no meras obras independientes publicadas conjuntamente.

VII

Los presupuestos legales exigidos al promotor de la obra colectiva de *iniciativa y coordinación*, no han de exigirse rigurosamente de forma cumulativa, bastando solamente uno de ellos: a) si la *iniciativa* partió del editor y posteriormente delega la coordinación en otro, bastará dicha iniciativa para considerar que el editor "controlaba" la coordinación; b) si el editor no tuvo la iniciativa sino que aceptó la ajena, pero se encarga de la posterior *coordinación*, adoptará aquélla como propia, puesto que la iniciativa no es un trabajo protegible por la propiedad intelectual, sino que encuentra, en su caso, protección a través de los contratos, del principio de la buena fe o de la teoría del enriquecimiento sin causa.

De ambas situaciones se deduce la posibilidad de que el editor adopte la iniciativa ajena como propia y encargue a otro su coordinación, en cuyo caso ni tiene la iniciativa ni coordina. En principio, aunque con algunas reservas, puede aceptarse que dicho supuesto se incardine dentro de las obras colectivas.

La característica esencial es la falta de cooperación entre los autores; por esta razón, en dichas obras cobra especial relevancia la labor del coordinador.

VIII

Las contribuciones de los autores en las obras colectivas se caracterizan por ser parciales y prescindibles respecto al conjunto de la obra. Como consecuencia de tal prescindibilidad y carácter fragmentario de las contribuciones, -a diferencia de lo que sucede en las obras en colaboración-, las contribuciones pueden ser de dispar magnitud, no existiendo verdaderas aportaciones principales, pues todas son accesorias respecto de la obra

contemplada en su conjunto.

Los derechos de los autores de la obra colectiva también pueden ser diferentes, rigiéndose cada uno según lo pactado en su particular *contrato de creación* con el promotor. Por ello, es posible que la atribución de los derechos sobre el conjunto de la obra corresponda sólo a algunos de los autores y/o al editor y/o al coordinador. En caso de que la atribución de los derechos sobre la obra colectiva corresponda a varias personas, se puede pactar que la "gestión de las facultades morales" sobre el conjunto de la obra pueda ser ejercitada por el sistema de las mayorías, pues el recurso a la unanimidad requerido en las obras en colaboración es una manifestación más del principio de igualdad entre los coautores. El sistema de las mayorías es el más adecuado para la gobernabilidad de una obra de estas características.

IX

En *sentido estricto*, la obra colectiva únicamente está integrada por aquellas contribuciones especialmente concebidas para ser fundidas en ella, lo que constituye su núcleo básico. En *sentido amplio* comprendería todos los elementos que en ella se integran pues, al coordinar los unos con los otros, se confiere unidad y autonomía al conjunto. Se incluirían también las creaciones no concebidas especialmente para dicha obra, ya dotadas de protección, ya caídas en el dominio público, ya otros elementos o datos que no constituyan objeto del derecho de autor; pero estos materiales, realmente no participarán de la calificación de obra colectiva.

X

En las obras colectivas de tipo periodístico, dado lo efímero de su permanencia en el mercado, creemos que la *facultad de arrepentimiento* debería poder transformarse en un *derecho de autoréplica*, en un derecho de foro, en la misma publicación y sección en la cual fue emitida la aportación objeto de arrepentimiento.

XI

En términos generales, las obras audiovisuales presentan una estructura análoga a la de las obras colectivas a pesar de la calificación *ex legé* como obras en colaboración. La obra cinematográfica es, en general, una obra de empresa, cuya iniciativa es normalmente asumida por el productor; no existe *cooperación* entre los autores sino labor de coordinación del director; al igual que en las obras colectivas, es el productor quien celebra múltiples contratos de creación con los distintos autores y no éstos entre sí. Dado el especial régimen jurídico previsto en los arts. 86 y ss. de la LPI, la calificación de las obras audiovisuales como obras en colaboración supone, únicamente, la prolongación del período de explotación económica valiéndose de la longevidad de los autores. Las medidas tendentes a una mayor protección de los autores previstas en el Título VI del Libro I LPI son perfectamente compatibles con la noción de obra colectiva.

XII

En la **obra derivada** concurren derechos del autor de la obra original y derechos del autor de la obra resultante: ambos tienen facultades personales y patrimoniales. La explotación de cada una de las posibles utilizaciones de la obra derivada requiere autorización expresa de ambos autores, distinta y más rigurosa que para obras en colaboración. En las obras derivadas la exigencia de la doble autorización es necesaria para cualquier acto de disposición, siendo la negativa de cualquiera de los autores irrecurrible; contrariamente, en la obra en colaboración, la unanimidad es exigible sólo para divulgar, modificar o explotar la obra de forma distinta a como se había divulgado. En las obras en colaboración, se trata de conjugar unos derechos idénticos de los coautores sobre la obra común, (de ahí, la necesidad de justificar la negativa). En la obra derivada, se trata del ejercicio separado de los derechos exclusivos de los autores sobre cada una de sus obras privativas, (por ello, la negativa a que la obra derivada sea explotada

puede no estar justificada).

XIII

La obra derivada ha de basarse en una verdadera creación intelectual preexistente; de no ser así, el resultado sería una auténtica obra original, si bien, no será necesario que el préstamo se extienda a toda la obra primitiva, bastando préstamos parciales de la misma.

A pesar de lo paradójico que pueda parecer, la obra *derivada* ha de tener un *resultado original*. La originalidad es el rasgo personal y distintivo que el autor proyecta en sus obras.

La obra derivada ha de ser *creativa* de tal manera que, en sí misma considerada, suponga un valor literario, artístico o científico añadido a la obra preexistente. El requisito de la creatividad falta en algunas reproducciones que aspiran a ser consideradas creaciones: las denominadas *transformaciones impropias*. Dentro de estas transformaciones, ni sustanciales ni creativas, pertenecen las producciones que se reducen a cambios de dimensión, forma, materia, procedimiento de reproducción o el caso del coloreado de películas.

Para la lícita explotación de una obra derivada no es necesario que la obra preexistente esté divulgada pues, contando con la autorización del autor de la obra primitiva, resulta irrelevante que se trate de obra divulgada o inédita. No parece lógico que entre en juego la necesidad de tratarse de obras divulgadas, exigida para ejercitar el derecho de cita. Este derecho, como límite al derecho de autor, no precisa de la autorización del autor; en cambio, cuando se trata de obras derivadas el autor, al dar la autorización, será quien juzgue sobre la oportunidad de permitir una obra derivada de su obra inédita.

XIV

En las obras derivadas se ha de compaginar el derecho moral del autor de la obra preexistente a su integridad (irrenunciable e inalienable), con su derecho patrimonial de transformación (cedible y renunciabile).

Por el carácter irrenunciable e inalienable de la facultad de exigir el respeto de la originaria, los pactos por los cuales el autor de la obra primitiva admita que el "transformador" deforme, modifique o atente contra aquélla, serán nulos de pleno derecho y se tendrán por no puestos. Se han de buscar fórmulas de compromiso para compatibilizar los intereses en juego: la advertencia al público indicando los elementos de la obra cuya responsabilidad y paternidad se niega a asumir el autor o la supresión de los datos de referencia a la obra anterior. El mejor cauce para garantizar los derechos morales del autor es condicionar, por vía contractual, el uso de los elementos distintivos de la obra a la satisfacción del autor con el resultado de la adaptación; sometiendo, su autorización a una *condición resolutoria* en el sentido de que la futura obra derivada ha de respetar ciertos límites de fidelidad a la obra original, traspasados los cuales la obra derivada no podría ser explotada.

XV

En las *traducciones* no será necesaria la expresa autorización del autor para incorporar "notas del traductor" limitadas a breves aclaraciones explicativas de la traducción adoptada o, incluso, de datos ampliamente conocidos por los lectores coterráneos del autor del original, pero presumiblemente ignorados por los lectores de la traducción. En este caso, la autorización dada para la traducción habilita para introducir este tipo de anotaciones sin caer en una obra derivada distinta de la traducción y que necesite una nueva autorización.

Las traducciones obtenidas mediante un proceso totalmente automatizado gracias a un *programa traductor*, en rigor, no pueden ser calificadas como creación intelectual. Debemos evitar un excesivo causalismo y considerar autor de la traducción al autor del programa. El programador no participa en la efectiva traducción del texto; el esfuerzo creativo debe ir referido a la producción concreta y no limitarse al programa matriz. Sería inadmisibles que un programa en el dominio público siguiera generando nuevas

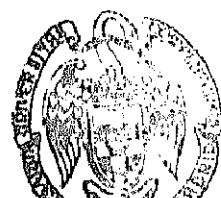
obras: traducciones. El resultado, debe atestiguar la personalidad creativa del ser humano y en consecuencia, entendemos que la traducción así obtenida no podrá beneficiarse de la calificación de *obra del espíritu*. No obstante, podrá encontrar cierta protección a través de otros medios, especialmente, a través el contrato de licencia de uso del programa.

Tampoco precisa autorización del autor de la obra preexistente, la obra *punte* que sirve para la obtención de la obra derivada que se desea; como puede ser el guión necesario para la correspondiente adaptación de una novela al cine. Pero esta falta de necesidad de consentimiento del autor de la obra preexistente, no se basa en la presunta autorización dada al firmar el contrato de adaptación, sino en el hecho de que dicha obra *punte* no vaya a ser explotada directamente.

XVI

Las *producciones teatrales* serán creaciones intelectuales siempre que la aportación del director denote fantasía, iniciativa e ingenio personal; es decir, originalidad. Pero como se trata a su vez de una obra derivada, ha de estar sujeta a los derechos del autor de la obra preexistente. En este sentido, el art. 78,2.º LPI es perfectamente compatible con el régimen de las obras derivadas puesto que obliga al cesionario del derecho de representación teatral a "*efectuar esa comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidos por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen el derecho moral de éste*". Cuando, sin variar el texto ni el sentido de la obra preexistente, el director produzca una verdadera obra original, creemos que el propio contrato de representación actuará como legitimador, -sustituyendo a la autorización del autor de la obra preexistente a la que se refiere el art. 9.º1-, de dicha obra derivada.

Las *obras folklóricas* propiamente dichas pertenecen al dominio público y su recopilación constituye una obra derivada. Si aquellas son prácticamente desconocidas, su recopilación requiere un esfuerzo antropológico que goza de la cobertura dispensada por los arts. 119 y 120 LPI, que protegen al editor



de obras inéditas que estén en el dominio público.

Las transmisiones orales de dicho saber popular estarán únicamente protegidas si los fonogramas explotados recogen la propia voz de los intérpretes transmisores.

Las *bases de datos* pueden incluir no sólo material protegido por el derecho de autor, sino también información fáctica no susceptible de propiedad intelectual. Únicamente aquéllas que incluyan material protegible constituirán auténticas *obras derivadas*. Mientras los resúmenes o extractos no incorporen la *forma* de la obra preexistente y tengan su propia estructura, no precisan de la autorización del autor de la obra subyacente. Este planteamiento es congruente con los principios generales de la propiedad intelectual pero no se corresponde con la pretendida necesidad de autorización exigida para la realización de compendios, resúmenes y extractos del art. 11,3.º LPI, los cuales para ser creativos y, por tanto, merecedores de protección, deben presentar una redacción diferente.

XVII

No es preciso que la autorización del autor de la obra preexistente sea *expresa* ni *previa* a la divulgación, pero como la carga de la prueba sobre tal autorización recae sobre quien la alega, mientras el autor de la obra derivada no pruebe que existió aquella, la licitud de la obra derivada será claudicante.

La exigencia de *forma escrita* de la autorización incluida en un contrato de transformación es, *ad probationem* pero con desigual trato para los autores. Si el incumplidor del requisito formal es el autor de la obra preexistente, nada obsta para que la obra derivada subsista con plenitud de efectos, (el autor de la obra derivada tendrá que probar por todos los medios que el Derecho reconoce -salvo la forma escrita, naturalmente- la existencia de la cesión). Más, si el que incumple es el autor de la obra derivada (el cesionario), la protección del cedente está regulada expresamente en el texto del art. 45, en el sentido de que, previo requerimiento fehaciente al cesionario para la formalización por escrito, y negándose éste a llenar dicha formalidad,

el contrato de cesión decae si aquél opta por la resolución.

XVIII

Dentro de los límites al derecho de autor, con respecto a las obras derivadas interesa resaltar los impuestos por el *derecho de cita* y por la *parodia*, que no serán consideradas transformaciones en el sentido de necesitar la autorización del autor de la obra citada o parodiada. Ahora bien, cuando la cita o la parodia carezcan de las condiciones necesarias para poder ser lícitamente explotadas, deberán contar con la autorización del autor de la obra citada o parodiada y, en último término, deberá resolver el juez si constituyen o no un atentado a facultad de transformación del autor de la obra preexistente y un ilícito penal.

a) Con respecto a la *extensión de las citas*, dentro del ejercicio del derecho no caben situaciones intermedias: o se está ante un ejercicio legítimo del derecho de cita, o se está ante una obra derivada necesitando, por tanto, la autorización del autor de la obra que ha sido "*citada en exceso*". Cualquier régimen fronterizo que exigiera, para la licitud de la cita la autorización del autor de la obra citada, nos situaría de lleno en el régimen de las obras derivadas.

b) Tampoco caben situaciones intermedias en el ámbito de la *parodia*. El autor de la obra parodiada tendrá que tolerar la parodia. Hacer participar al autor de la obra parodiada del éxito que obtenga la obra paródica resulta de difícil concreción, pese a las evidentes razones de justicia que puedan existir. Además, generalmente los elementos tomados de la obra preexistente están más cerca de los supuestos de mera inspiración que de un préstamo que requiera autorización.

XIX

La cotitularidad sobre las obras derivadas entre el autor de la obra primitiva y el de la nueva, se evidencia con particular vigor en la "*adaptación*"

de la adaptación", porque en ella subyace también la obra original. El derecho exclusivo de transformación que tiene el autor de la obra primigenia no se agota al autorizar la explotación de la obra derivada, sino que coexiste con ella, de tal forma que en caso de que la obra derivada sea transformada de nuevo, habrá que contar también con la autorización del autor de la obra originaria. Para que el cesionario adquiera el derecho de hacer obras derivadas de segundo grado es preciso que así se pacte expresamente y por escrito.

Como resultado de la situación de dependencia que existe en la obra derivada respecto de la subyacente, puede llegar a producirse una paralización de las nuevas utilidades de la obra derivada con el consiguiente perjuicio al interés cultural. Salvo que la negativa del autor de la obra preexistente a prestar la nueva autorización sea debida al ejercicio del derecho a retirar la obra del comercio, el Juez podría apreciar la existencia de abuso de derecho en el autor de la obra subyacente (art. 7.º Cc) y suplir su autorización por la judicial pero, en ningún caso, dicho autor podría ser privado de sus derechos económicos.

XX

La creación de la obra derivada no puede servir para "prolongar" el período de protección de la obra subyacente; por ello, el plazo de protección de los elementos integrantes de la obra derivada se computa de forma distinta a partir del fallecimiento de cada uno de los autores.

Cuando la obra preexistente cae primero en el dominio público, los elementos contenidos en la obra original serán libremente utilizables y a partir de entonces pueden ser incorporados a otras obras derivadas. Los elementos originales de la obra derivada, aún en período de protección, siguen perteneciendo al autor de la obra derivada o a sus derechohabientes y, por tanto, han de ser respetados por los terceros.

Cuando sea la obra derivada la que pase antes al dominio público, los elementos nuevos que incorpore la misma podrán ser libremente utilizados

siempre que no incorporen elementos de la obra subyacente.

SUPUESTOS ESPECIALES DE COTITULARIDAD

XXI

Las obras del ingenio debidas a uno de los cónyuges de un matrimonio regido por el régimen de sociedad de gananciales, plantean la problemática de su consideración ya como bienes gananciales al ser obtenidas por el trabajo o industria de uno de los cónyuges (art. 1.347,1.º C.c.), ya como bienes privativos del autor por constituir un bien o un derecho inherente a la persona y no transmisible (art. 1.346,5.º C.c.).

Por el carácter personalísimo y preponderante de las facultades morales que junto con las patrimoniales y unidas a ellas lo integran, el derecho de propiedad intelectual es un derecho patrimonial inherente a la persona y, por ello, perfectamente encuadrable en el artículo 1.346,5.º como privativo. No serán privativos, en cambio, los rendimientos económicos que el ejercicio de los derechos de explotación genere. La ganancialidad de los productos del monopolio de explotación no tiene por base el art. 1.347,1.º, sino el art. 1.347,2.º, pues estos rendimientos no provienen del trabajo o de la industria del cónyuge autor, sino de las rentas de capital.

XXII

Ejemplo paradigmático del *dominio dividido* por distintos aprovechamientos lo encontramos en los supuestos en los que hayan sido adjudicados entre coherederos y legatarios, uno o varios de los derechos de explotación sobre una misma obra: así, p.e., legar a uno el derecho de reproducción, adjudicar a otro el derecho de distribución y a un tercero el de transformación y el de colección del art. 22. Esta posibilidad ha de ser considerada como válida dentro de la LPI a tenor del art. 23, el cual establece que los derechos de explotación "*son independientes entre sí*". En cuanto a la posible aparición de modalidades de explotación inexistentes o

desconocidas al tiempo de la partición, parece que, al igual que en el caso de la propiedad separada de fincas rústicas, acrecería a los derechos de los herederos y legatarios del autor.

XXIII

El art. 51 no define cuándo la obra ha sido creada en virtud de una relación laboral, lo que supone un concepto jurídico indeterminado. Para evitar conflictos, el contrato de trabajo debe contener detalladamente y por escrito las obligaciones del autor asalariado, no siendo válidas las obligaciones de tipo genérico.

En caso de incumplimiento por parte del autor asalariado, el empresario únicamente podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios, pero no la entrega de la obra.

El art. 51,2 ofrece dos presunciones para determinar el alcance de los derechos que adquiere el empresario: que la cesión es en *exclusiva*, y que dicha cesión tiene el *alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario*.

La *exclusiva* no significa que el empresario se subroga en la posición del autor respecto a los derechos de explotación (arts. 17 a 22 LPI) sino que únicamente adquiere aquéllos que sean necesarios para *el ejercicio de su actividad habitual*. Se presenta, por consiguiente, una situación de concurrencia de titulares. Además, de acuerdo con la obligación de explotar la obra prevista en el art. 48, II LPI, la *exclusiva* puede decaer si el empresario no explota la obra.

En relación al ámbito temporal y espacial de la cesión al empresario, se plantea qué norma debe ser de aplicación: si la contenida en el art. 51,2, relativa a la actividad habitual del empresario, o la prevista por el art. 43,1 y 2 LPI, que limita la cesión a las modalidades *expresamente previstas* y al tiempo y al ámbito territorial que se determinen, presumiendo *iuris et de iure* que la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y el ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. De acuerdo con el

carácter de disposición general del art. 43 frente al carácter especial del art. 51, la interpretación adecuada es considerar de aplicación éste último, en base al principio *lex specialis...*, pero, en cualquier caso, si se deduce que fue otra la voluntad de las partes, habrá que estar a dicha voluntad presunta.

XXIV

Cuando la creación intelectual constituye un *opus unicum* surge lo que describiríamos como una suerte de *propiedad dividida* o como una especie de *situación enfiteútica*. El dominio útil sería ostentado por el propietario del soporte en el que la obra se materializa y el dominio directo por el autor de la misma. La necesidad de coexistencia entre los derechos de autor y la propiedad sobre la cosa material hace que unos y otros se vean restringidos. De una parte, existen restricciones al derecho del propietario del soporte que no podrá obtener los frutos que por naturaleza la obra del ingenio ofrece, ni destruir o modificar la obra; el "*ius disponendi*" también se encuentra mermado por el "*derecho de participación*" y, en su caso, por los derechos de tanteo y retracto previstos en la Ley de Patrimonio Histórico Español. Finalmente, la facultad de exclusión *erga omnes*, también queda restringida por el derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra. De otra, la propiedad intelectual del artista también se encuentra capitidisminuida; fundamentalmente en sus facultades de modificación y de arrepentimiento sobre la obra enajenada.

No obstante las analogías entre la enfiteusis y los derechos del propietario ("dueño útil") del soporte al que se incorpora la creación intelectual y el autor, "dueño directo" de los derechos de propiedad intelectual, resulta forzado un planteamiento analógico que conceda los derechos de tanteo y retracto al autor del ejemplar único o raro cuando éste vaya a ser enajenado por su propietario. Sin embargo, la concesión de los derechos de tanteo y retracto a favor de los artistas plásticos vendría a compensar, en parte, la más parca protección que reciben estos autores en comparación con los otros tipos de creadores. Además, el legislador no excluye la idea de imponer estos

derechos de adquisición preferente a los Bienes declarados de Interés Cultural y a los inventariados (art. 38 P.H.E.), existiendo un campo de intersección entre dichos bienes y las obras de artistas vivos. Por ello, proponemos la concesión de los derechos de tanteo y retracto a favor de estos artistas.

XXV

El art. 24 LPI se refiere únicamente a la "reventa" de las obras como hecho generador del *droit de suite*. Dicho término supone que la primera enajenación del artista debió consistir en un contrato de compraventa. Según el tenor literal de este artículo, cuando la primera enajenación no haya consistido en una compraventa, la segunda enajenación no constituiría una "reventa" y, por tanto, no caería dentro del presupuesto de aplicación. El art. 14. *ter.* de la Convención de Berna (norma meramente programática pero valiosa a efectos interpretativos) hace referencia a "*las ventas... posteriores a la primera cesión*". El art. 24 no debe ser interpretado en sentido literal sino que debe buscarse su sentido teleológico: compensar al autor por las plusvalías que genere el mercado secundario de sus obras, sin importar el modo en el que se efectuó la primera cesión operada por el autor.

XXVI

Si el *corpus mechanicum* es abandonado por el autor -pero no destruido- en ejercicio de su *facultad de inédito*, es evidente que puede ser ocupado al ser *res nullius*. Se pueden distinguir dos tipos de ocupación: sobre la materia con exclusión de la obra que a ella se incorpora que no plantea ninguna particularidad con respecto a las normas generales y sobre el soporte al que se incorpora la creación intelectual, en cuyo supuesto, la adquisición de la creación choca frontalmente con el ejercicio del derecho a no divulgar.

El conflicto que se produce entre la facultad de divulgación y la propiedad material adquirida por ocupación podría explicarse, en cierta

medida, con la ayuda de la tesis de la *propiedad intelectual dividida*. El artista abandona únicamente la propiedad material de los fragmentos de la obra (el dominio útil); es lo único que deviene *nullius*. La propiedad intelectual no puede ser abandonada; es "*irrenunciable e inalienable*". Jurídicamente, la obra destruida por el autor ha dejado de existir, aun cuando la destrucción no haya sido efectiva. Sólo el autor podrá "resucitarla" si opta por recomponerla.

XXVII

Otros supuestos especiales de cotitularidad entre el creador de la obra y los titulares de derechos que inciden sobre la misma son:

a) Los derechos del *personaje retratado* y los del *retratista*. Hay una relación de cotitularidad entre ambos sobre el objeto que es común, necesitando las autorizaciones de ambos para su reproducción e, incluso, pudiendo participar conjuntamente de los beneficios que ésta produzca.

b) Las relaciones entre el *autor de un epistolario* y su *destinatario*. Ni el dueño del soporte ("*corpus mechanicum*") ni el autor (dueño del "*corpus mysticum*") pueden, publicar la correspondencia sin el acuerdo del otro. Por otra parte, dos de las facultades morales del autor de cartas se encuentran cercenadas: el respeto a la integridad de la obra (puesto que el propietario material puede destruir la carta y no está obligado a su conservación) y la facultad de acceso al ejemplar único, en base a la protección de los derechos de la personalidad.

Bibliografía citada

- ALBALADEJO GARCIA, M. & BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "*Comentario a los artículos 15 y 16*" en "*Comentarios a la LPI*" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- ALBALADEJO GARCIA, M. : "*Derecho civil III*", vol. 1.º, 7.ª edición, 1991.
- ALGARDI, Z.: "*Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*", Ed. Giuffrè, Milano, 1966.
- ALONSO OLEA, M. & CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "*Derecho del Trabajo*", 13.ª edición, Ed. Universidad Complutense- Facultad de Derecho, Madrid, 1993.
- ALVAREZ ALVAREZ, J. L.: "*El tanteo y retracto en la nueva Ley de Patrimonio Histórico Español*", RDP, 1987.
- ALVAREZ ROMERO, C. J.: "*Significado de la publicación en el Derecho de propiedad intelectual*", Ed. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la propiedad de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969.
- ALVAREZ VIGARAY, R.: "*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*", Ed. Comares, Granada, 1986.
- "*Las Leyes civiles especiales en la primera fase de la codificación*", en Libro Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- ALZAGA, O.: "*La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*", Ed. Ediciones Foro, Madrid, 1978.
- ANAWALT, C. H.: "*Ideas in the Workplace. Planning for Protection*", Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC, 1988.
- ARE, M.: "*L'oggetto del diritto di autore*", Ed. Giuffrè, Milano, 1963.
- ARESTI GUTIERREZ, E. de: "*La protección jurídica de las bases de datos en la Comunidad europea*" en "*La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea*", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.
- ASCARELLI, T.: "*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*", trad. Evelio Verdera y Suarez Lanos, Ed. Bosch, Barcelona, 1970.
- AYMERICH RENTERIA, R.: "*Algunas consideraciones sobre el derecho de autor en la nueva Ley de propiedad intelectual*", en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.

- AZCARATE, G.: *"Ensayo sobre la Historia del Derecho de propiedad y su actual estado en Europa"*, tomo II, Ed. Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.
- BADER, E. K.: *"A Film of a Different Color: Copyright and the Colorization of Black and White Films"*, in *"Copyright Law Symposium"*, no. 36, sponsored by the American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), Ed. Columbia University Press, New York, NY, 1990.
- BARASSI, L.: *"Diritti reali e possesso"*, tomo I, Ed. Giuffrè, Milano, 1952.
- *"Proprietà e comproprietà"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1951.
- BARTA, J.: *"Le droit d'auteur et la créativité d'employé"*, RIDA, núm. 121, 1984.
- BATLLE VAZQUEZ, M.: *"El derecho de autor y la sociedad de gananciales"* en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, Madrid, 1976.
- BAYLOS CORROZA, H.: *"Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual"*, R.G.L.J., tomo XCIII, octubre 1986.
- *"Disquisiciones sobre el plagio"*, República de las Letras, Revista de la Asociación Colegial de Escritores, núm. 20, enero 1988.
- *"Tratado de Derecho Industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal"*, Ed. Civitas, Madrid, 1978.
- *"Acotaciones al nuevo Proyecto de Ley de la Propiedad Intelectual"*, RGLJ, oct. 1986.
- BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *"La comunidad de bienes en el Derecho español"*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *"Comentario a los artículos 10 a 13, a la DT 6.ª y a la DD"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- *"El derecho de remuneración del artículo 90.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad"*, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Ed. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.
- *"La protección de los productores de fonogramas en España"* en *Libro Homenaje al Profesor Beltrán de Heredia y Castaño*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- *"Derecho de autor y destrucción de la obra plástica. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985)"*, ADC, 1986.
- BEREMBOOM, A.: *"Le Droit d'auteur"*, Ed. Maison Ferdinand Laicier, Bruxelles, 1984.
- BERENGUER PEÑA, J. M.ª & MARTINEZ SCHEIFLER, B.: *"Las bases de datos a simple vista"*, coordinada por BLAZQUEZ GODOY, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1986.
- BERNELAS, J. L. & BUCHALET, S.: *"Les droits d'Auteur. Approche juridique et Etude fiscale écrivains ou compositeurs"*, Rev. Economica, 1986/87.
- BERTRAND, A.: *"Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins"*, Ed. Masson, Paris-Milan-Barcelone-

Bonn, 1991.

BONDIA ROMAN, F.: "Los autores asalariados", Ed. Cívitas, REDT, núm. 19, sept. 1984.

— "Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información", Ed. Tribium, Madrid, 1988.

BONET RAMON, F.: "Analogías y diferencias entre comunidad de bienes y el contrato de sociedad", RDP, 1941.

BOUTET, M.: "Sur les oeuvres de commande", RIDA, núm. XII, 1956.

BRANCA, G.: "Comunione. Condominio negli edifici. Arts. 1.1.00-1.139" en los Comentarios al "Codice civile", dirigidos por SCIAJOLA-BRANCA, 6.^a edizione, Ed. Zanichelli-Foro Italiano, Bolonia-Roma, 1982.

CAFFARENA LAPORTA, J.: "Comentario al artículo 14" en "Comentarios a la LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

CAMARES PUENTES, J.: "Comentario al artículo 40", en "Comentarios a la LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

CARBAJO GONZALEZ, J.: "La nueva regulación española en materia de propiedad intelectual" (I y II), AC, núms. 28 y 39, 22 y 29 oct. 1989.

CARNELUTTI, F.: "Personalità giuridica e autonomia patrimoniale", RDCom., 1913, (I).

CARBONNIER, J.: "Derecho flexible para una sociología no rigurosa del Derecho", trad. Díez Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1979.

CARRASCO PERERA, A.: "Comentarios a los artículos 5.º, 6º, 123, 134 y 126" en "Comentarios a la LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

CARREAU, C.: "Mérite et droit d'auteur", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981.

CASAS VALLES, R.: "La protección de los artistas plásticos en el Derecho español" en "I Congreso iberoamericano de Propiedad intelectual", vol. 1, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil español común y foral", tomo II, vol. 1.º, 14.^a edición, revisada y puesta al día por G. GARCIA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992.

— "Los derechos de la personalidad" RGLJ, 1952.

CASTRO Y BRAVO, F. de: "Los llamados derechos de la personalidad" ADC, 1959.

— "Temas de Derecho civil", Ed. Marisal, Madrid, 1972.

CAVANILLAS MUGICA, S.: "Comentarios a los artículos 48-50" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

CEDRAS, J.: "Les oeuvres collectives en droit français", RIDA, núm. 102, 1979.

CLAVERIA GONSALVEZ, L. H.: "Notas sobre la construcción jurídica de los llamados

- derechos de la personalidad*" en Libro Homenaje al profesor Beltrán de Heredia y Castaño, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- COCA PAYERAS, M. & MUNAR BARNAT, P. A.: "Comentario al artículo 115" en "Comentarios a la LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- COCA PAYERAS, M.: "Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica", Ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1988.
- COLIN, A. & CAPITANT, H.: "Curso elemental de Derecho civil", traducida y anotada por de Buen, 4.^a edición revisada y puesta al día por Marín Pérez y Gómez Ysabel, Ed. Reus, Madrid, 1961, tomo II, vol. 2.^o.
- COLOMBET, Cl.: "Grandes principes du droit d'auteur et droits voisins dans le Monde. Approche de droit comparé", Ed. Litec, Paris, 1990.
- "Propriété littéraire et artistique et droits voisins", 6.^a édition, Ed. Dalloz, Paris, 1992.
- CORNISH, W. R.: "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights", 2nd edition, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1989.
- CORRAL BELTRAN, M. del: "La dimensión internacional del tema[¿Hacia el derecho del editor?]. Presente y futuro" en "I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- "Copyright and Data Bases: a Worry or a Challenge?", Copyright, 1987.
- CORTES GIRO, V.: "Derecho de propiedad intelectual", Ed. Marfil, Alcoy, 1957.
- CRIONNET, M.: "Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français", Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975.
- CUADRADO IGLESIAS, M.: "Aprovechamiento en común de pastos y leñas", Ed. Servicio de Publicaciones Agrarias. Ministerio de Cultura, MAdrid, 1980.
- "El Profesor Beltrán de Heredia y el Código Civil", Centenario del Código civil V-1, Madrid, 1993.
- CUPIS, A. de: "I diritti della personalità" en "Trattato CICU-MESSINEO", tomo II, Ed. Giuffrè, Milano, 1982.
- CUVILLIER, R.: "Employment and Copyright", Copyright, april 1979.
- CHAVES, A.: "Arena Rights. Legislative Problems Concerning Broadcasting of Large Shows (Sports or Other)", Copyright, 1987.
- "El tema de las obras realizadas por encargo y la figura del autor asalariado en el Derecho de los países latinoamericanos" en "I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- "Plagiarisim", Copyright, Dec. 1991.

CHICO ORTIZ, J. M.: "Estudio comparativo entre dos legislaciones de propiedad intelectual" en "Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo", vol. III, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988.

— "Presente y futuro de la propiedad intelectual", Boletín de la ANABAD, 1979 (1).

— "Principios y problemas de la propiedad intelectual", RCDI, 1984-II

DANVILLA COLLADO, M.: "La propiedad intelectual. Legislación española y extranjera, comentada, concordada y explicada según la Historia, la jurisprudencia y los Tratados", 3.ª edición, Ed. Imprenta de la Correspondencia de España, Madrid, 1882.

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al artículo 99" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

DELGADO PORRAS, A.: "Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad intelectual", Ed. Civitas, Madrid, 1988.

— "Crónica de España: La Ley 20/1992, de 7 de julio, modificativa de varias disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987", RIDA, núm. 154, oct. 1992.

— "La Propiedad Intelectual y la explotación videográfica de las obras del ingenio", RDP, oct. 1983.

— "Panorámica civil y penal en materia de propiedad intelectual", Ed. Civitas, Madrid, 1988.

DERIEUX, E.: "Oeuvre de Commande liberté de création et droit moral d'auteur", RIDA, núm. 141 (1989).

DESANTES GUANTER, J. M.: "La relación contractual entre autor y editor", Ed. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1970.

— "Los derechos de autor sobre el material publicado en prensa", RCDI, 1975, I.

DESBOIS, H.: "A propos d'un arrêt relatif aux créations d'auteurs salariés", RIDA, núm. 87, 1976.

— "Le droit d'auteur en France", 3.ª édition, Ed. Dalloz, París, 1978.

— "Les droits d'auteur; aspects essentiels de la jurisprudence française", en "Le droit française au milieu du XIX siècle", vol. II, París, 1950.

DÍAZ ALABART, S.: "La parodia en la nueva Ley de Propiedad intelectual" en "Libro Homenaje al profesor Juan Roca Juan", Ed. Universidad de Murcia Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.

— "Comentario al artículo 39" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

DÍAZ GARCÍA, J.: "La posesión aplicada a las obras literarias", RGLJ, 1948.

DIETZ, A.: "El Derecho de autor en España y Portugal", trad. Ramón Eugenio López Sáez, Ed. Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992.

— "El derecho de autor en la Comunidad Europea", trad. Ramón Eugenio López, Ed. Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica, Madrid, 1983.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: "Comentario al artículo 125" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

— "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos)", 2.ª edición, Ed. civitas, Madrid, 1987.

— "La representación en el Derecho Privado", Ed. Civitas, Madrid, 1979.

DIEZ-PICAZO, L. & GULLON BALLESTEROS, A.: "Sistema de Derecho civil", vol. III, 5.ª edición, Madrid, 1990.

DOCK, M. Cl.: "Génese et évolution de la notion de propriété littéraire", RIDA, 1974.

— "Etude sur le droit d'auteur", Ed. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1963.

DORR, R. C. & MUNCH, Ch. H.: "Protecting Trade Secrets, Patents and Trademarks",

DUCHEMIN, J.-L.: "Le droit de suite", RIDA, numéro special 54-55 (1967/1968).

DUCHEMIN, W.: "Reflexions sur le droit d'exposition", RIDA, núm. 156, avril 1993.

DUMAS, R.: "La propriété littéraire et artistique", Ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1987.

DUPERTUIS, P. R.: "Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale", Ed. Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, 1964.

EDELMAN, B.: "Droit d'auteur et droits voisins" en Actualité Legislative Dalloz, numéro special hors serie 1987.

— "Le droit moral des auteurs d'une oeuvre collective", Rec. Dalloz, 13 (1988).

ELLINGSON, C. A.: "The Copyright Exception for Derivative Works and the Scope of Utilization", Indiana Law Journal, no. 56, 1980.

ENNECCERUS, L. KIPP, Th. & WOLFF, M.: "Tratado de Derecho civil", 15.ª edición, rev. por LEHMANN, H.; trad. y notas Pérez González & Alguer, 3.ª edición, adaptada por Ferrandis, vol. II, 2.º parte, Ed. Bosch, Barcelona, 1966.

ESPIN CANOVAS, D.: "El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1986", RJE La Ley, III-1986.

— "La creación literaria, artística y científica como fundamento de la propiedad intelectual de los autores", Ed. Asociación colegial de escritores, de España, n.º 20, enero, 1988.

— "Las facultades del derecho moral de los autores y artistas", Ed. Civitas, Madrid, 1991.

— "Los derechos de los autores y de los artistas, intérpretes y ejecutantes en el Proyecto de Ley de la Propiedad Intelectual de 1986", Ed. Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987.

— "Manual de Derecho civil", vol. II, 6.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981.

FABIANI, M.: "Diritto di autore" (voz) en "Novissimo Digesto", (Appendice) vol. II, COG-DIR,

Ed. UTET, 1980.

- _ "*Esecuzione forzata e sequestro delle opere dell'ingegno*", Ed. Giuffrè, Milano, 1958.
- _ "*I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*", Ed. Giuffrè, Milano, 1987.
- _ "*Il diritto d'autore nella giurisprudenza*", seconda edizione, Ed. Cedam, Padova, 1972.
- _ "*Le Droit de l'auteur a l'intégrité de son oeuvre*", RIDA, núm. 42 (1964).
- _ "*Questioni di attualità in tema di protezione dei traduttori*", IDA, 1968.
- FERRARA, L.: "*Trattato di diritto civile italiano*", vol. I, Ed. Athenaeum, Roma, 1921.
- FINZI, E.: "*Le moderne trasformazioni del diritto della proprietà*" en Arch. Giuridico, 1923, vol. XC.
- FLINT, M. F.: "*A User's Guide to Copyright*", 3.rd edition, Ed. Butterworths, London-Dublin-Edinburg, 1990.
- FLINT, M. F., THORNE, C. D. & WILLIAMS, A. P.: "*Intellectual Property.- The New Law. A Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988*", Ed. Butterworths, London, 1989.
- FORNS, J.: "*Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*", ADC, 1951.
- _ "*El Copyright americano y la protección de las obras españolas. Nuevo régimen de registro*", RDP, 1950.
- _ "*La nueva ley federal mejicana sobre el Derecho de Autor*", RDP, julio-agosto 1948.
- FRANCESCHELLI, R.: "*Trattato di diritto industriale*", Ed. Giuffrè, Milano, 1960.
- FRANÇON, A.: "*La propriété littéraire et artistique*", 2.^a edición, Ed. Puf, Paris, 1979.
- FRIEDMAN KLARMAN, B.: "*Copyright and Folk Music, a Perplexing Problem*", Bulletin of the Copyright Society of the USA, vol. 12, no. 5, June 1965.
- FRIEDMAN, M.: "*Libertés et responsabilités des journalistes et des auteurs*", Ed. Centre de Formation et de perfectionnement des journalistes, Paris, 1988.
- GALTIERI, G.: "*Protezione del diritto di autore e dei diritti connessi*", edizione aggiornata, Ed. Sampere 2000, Roma, 1988.
- GARCIA AMIGO, M.: "*Condominio pro diviso o propiedad separada*", RDP, 1974.
- GARCIA GRANERO, J.: "*Cotitularidad y comunidad. «Gesammte Hand» o comunidad en mano común*", RCDI, 1946.
- GARRIDO DE PALMA, V., MARTINEZ FERNANDEZ, T., SANCHEZ GONZALEZ, C. & VELEZ BUENO, J.: "*La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*", Ed. Reus, Madrid, 1985.

- GATTI, S.: *"Il merchandising e la sua disciplina giuridica"*, RD Comm., marzo-aprile 1989.
- _ *"La disciplina giuridica dei personaggi di fantasia"*, RDCom., 1991 (I).
- GAUTIER, P.-Y.: *"L'oeuvre écrite par autrui"*, RIDA, núm. 139, (1989).
- _ *"Propriété littéraire et artistique"*, Ed. Presse Universitaires de France, Paris, 1991.
- GAUTREAU, M.: *"Un principe contesté: le droit pecuniaire de l'auteur salarié ou fonctionnaire"*, RIDA, núm. 84, 1975.
- GERARD, P.-D.: *"Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos"*, traducción y notas al Derecho español de Manuel Parés Maicas, Ed. Ariel, Barcelona, 1958.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *"Comentario al artículo 43" en "Comentarios a la LPI"* coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- _ *"La contratación en materia informática"*, RJE La Ley, año XIII, núm. 3005, 19 mayo 1992.
- GIANNINI, A.: *"La protezione delle trasformazioni delle opere dell'ingegno"* IDA, I, 1952.
- _ *"La protezione delle così dette idee elaborate"*, IDA, 1953.
- GIFIS, S. H.: *"Copyright"* (voz), en *"Law Dictionary"*, 2nd edition, Ed. Barrons Educational Series, Woodbury, NY, 1984.
- GIMENEZ BAYO, J. & RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: *"La Propiedad Intelectual. Compilación y comentarios de las disposiciones legales vigentes en ESpaña con su jurisprudencia"*, Ed. Reus, Madrid, 1949.
- GINSBURG, J. C.: *"Banque de données et droit d'auteur aux Etats-Unis" où "Banques de données et droit d'auteur"*, Ed. Librairies Techniques, Paris, 1987.
- _ *"The Right of Integrity in Audiovisual Works in the United States"*, RIDA, no., 135 (1988).
- _ *"Copyright in the 101st Congress: Commentary on the Visual Artistic Right Act and the Architectural Works Copyright Protection of 1990"*, RIDA, n.º 152, avril 1992.
- GITRAMA GONZALEZ, M.: *"El Derecho y el Libro"*, Ed. INLE, Valencia, 1972.
- GOLDSTEIN, P.: *"Copyright"*, vol. I, Ed. Little, Brown and Company, Boston-Toronto-London, 1989.
- _ *"Copyright, Patent, Trade Mark and Related State Doctrines. Cases and Materiales"*, Ed. Callaghan and Co., Chicago, IL, 1973.
- _ *"Derivative Rights and Derivative Works in Copyright"*, The Journal of the Copyright Society of the USA, no. 30, 1983.
- GOMEZ, F.: *"Reglas de transacción y derechos de propiedad intelectual"*, Rev. "Economistas", Edita Colegio de Economistas de Madrid, núm. 38, bimestral, año VII.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D. y GUZMAN ZAPATER, M.: *"Comentario a los artículos 145-148" en "Comentarios a la LPI"* coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- GONZALEZ GARCIA, A.: *"Las obras derivadas y su problemática jurídica. Planteamiento*

general. Posiciones doctrinales y jurisprudencia", en *"I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.

GONZALEZ GOMEZ, M.: *"El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual"*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

GONZALEZ GRANERO, J.: *"Cotitularidad y comunidad. Gesamte Hand o comunidad en mano común"*, RCDI, 1946.

GONZALEZ LOPEZ, M.: *"El derecho moral de autor en la Ley española de propiedad intelectual"*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.

GONZALEZ MARTINEZ, J.: *"La copropiedad pro diviso"*, RCDI, 1941.

GOTZEN, F.: *"Copyright and the Computer"*, Copyright, January 1977.

GRECO, P. & VERCELLONE, P.: *"I diritti sulle opere dell'ingegno"*, en *"Tratatto Diritto Civile"*, dirigidos por Vasalli, Ed. UTET, Torino, 1974.

— *"I diritti sulle opere dell'ingegno"*, UTET, Torino, 1974.

GRECO, P.: *"Collaborazione creativa e comunione dei diritti di autore"*, IDA, I, 1952.

— *"Il diritto esclusivo di elaborazione e la possibilità della trasformazione tra opere letterarie ed opere figurative"* en *"Studi in onore di Valeri"*, Ed. UTET, Milano, 1955.

GUTIERREZ VICEN, J.: *"El derecho de participación («Droit de Suite»)"*, en *"La armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea"*, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993.

GYERTYANFY, P.: *"The Right of Adaptation in Music"*, Copyright, 1987.

HARRIS, Th. D.: *"The Legal Guide to Computer Software Protection: A Practical Handbook on Copyright, Trademarks, Publishing, and Trade Secrets"*, Ed. Prentice-Hall Inc., Englewood, NJ, 1985.

HEREDERO HIGUERAS, M.: *"La protección de los programas de ordenador en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual"*, RCDI, julio-agosto 1987.

HERNANDEZ MORENO, A. & MENDEZ GONZALEZ, F.- P.: *"Comentario al artículo 78"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

HOFFMAN, P.: *"Judges Rules that Copyright Law Protects Architects"* in *"Modern Copyright Fundamentals"*, Edited by Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington DC, 1989.

HOROWITZ, J.: *"Plagiarism in Hollywood: Whose Idea Is It, Anyway?"*, The New York Times, March 15, 1992.

HOWELL, D. J.: *"Intellectual Property and the Protection of Fictional Characters: Copyright, Trademark or Unfair Competition?"*, Ed. Quorum Books, New York, N.Y., 1990.

HUALDE SANCHEZ, J. J.: *"Comentario al artículo 56"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados

- por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- HUET, M.: *"Architecture et droit d'auteur"*, RIDA, núm. 88, 1976.
- JENSSEN, H.: *"Derechos intelectuales"*, tr. Luis Grez, Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1970.
- JUFRESA PATAU, F. & MARTELL PEREZ-ALCALDE, C.: *"Los derechos del artista sobre su obra"*, RGD, 1987.
- KEREVER, A.: *"Droit d'exposition et historique du droit d'auteur"*, RIDA, núm. 156, avril 1993.
- _ *"Legal Data Banks and Copyright in France"*, Copyright, december, 1981.
- _ *"Les arrêts Microfor"*, RIDA, núm. 137, 1988.
- _ *"Protection par le droit d'auteur ou protection "Sui generis"?" en "Banque de données et droit d'auteur"*, Ed. Librairies Techniques, Paris, 1987.
- KERNOCHAN, J. M.: *"Imperatives of enforcing author's right"*, RIDA, no. 131, 1987.
- KOUMANTOS, G.: *"Le droit d'auteur sur les solutions des problèmes et exercices mathématiques"*, Le Droit d'Auteur, juillet 1969.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *"Manual de Derecho Civil"*, 2.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- _ *"Comentario al artículo 2.º"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados por Rodrigo Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- _ *"El ejercicio «post mortem auctoris» del aspecto moral de la propiedad intelectual"*, Temis, n.º 11, 1962.
- _ *"Elementos de Derecho civil"*, tomo III, vol. 1.º, 3.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1991.
- _ *"Los conceptos clásicos de propiedad y contrato ante la legislación de arrendamientos urbanos"*, en *Estudios de Derecho civil*, Barcelona, 1958.
- LALAINANT, O.: *"La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français"*, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983.
- LASARTE ALVAREZ, C.: *"Comentario al artículo 28"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- LASSO DE LA VEGA, J.: *"El contrato de edición"*, Ed. Editora Internacional, Madrid, 1949.
- LAZARO CARRETER, F.: *"Curso de lengua española"*, Ed. Anaya, 1993.
- LE TARNEC, A.: *"Manuel de la propriété littéraire et artistique"*, Ed. Dalloz, Paris, 1966.
- LIGI, F.: *"La tutela dell'individualità dell'autore nella integrità della sua opera"*, IDA, 1961.
- LIMPERG, Th.: *"Employees' Rights in their Capacity of Authors"*, Copyright, september 1980.

- LINDON, R.: *"L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation"*, JCP, 1970, I.
- LOIS ESTEVEZ, J.: *"La distinción de condominio y sociedad"*, RGLJ, 1947.
- LOPEZ QUIROGA, J.: *"La propiedad intelectual en España. Estudio teórico práctico de la Ley y Reglamento vigentes"*, Ed. Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, 1918.
- LOREDO HILL, A.: *"Derecho autoral mexicano"*, 2.ª edición, Ed. Jus, Mexico, DF, 1990.
- LUNA SERRANO, A.: *"Las mejoras fundlarias rústicas"*, Rev. Temis, 1965.
- LLEDO YAGÜE, F.: *"Comentarios a los artículos 31-32"*, en *"Comentarios a la LPI"*, coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- MADURELL MARIMON, J.: *"Licencias reales para la impresión y venta de libros (1519-1705)"*, en *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*, tomo LXXII, 1-2, 1964-1965.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *"Comentarios al Código civil español"*, tomo III, 7.ª edición, Ed. Reus, Madrid, 1952.
- MARIAS, J.: *"Madame Bobary"*, en *"Blanco y negro"*, semanario, 19 de julio 1992.
- MARIAS, J.: *"Peligros nuevos para el libro"*, ABC, 21 enero 1993.
- MARIOTTI, P.: *"L'opera collettiva nel diritto di autore"*, IDA, 1959, I.
- MATTHYSSENS, J.: *"The Status of Theater Directors Under French Intellectual Property Law"*, Copyright, nov. 1987.
- McDOWELL, E.: *"Sales Rise for Authors who Perish and Publish"*, The New York Times, march 4, 1991.
- MELAS, V. Th.: *"Le droit d'auteur des journalistes. Quelques-unes des ses particularités"*, RIDA, núm. 119, 1984.
- MICHAELIDES-NOUAROS, G.: *"Le droit moral de l'auteur"*, Ed. Rousseau, Paris, 1935.
- *"Protection of the Author's Moral Interests after his Death as a Cultural Postulate"*, Copyright, February 1979.
- MILLER, A. R. & DAVIS, M. H.: *"Intellectual Property. Patents, Trademarks and Copyright"*, Ed. West Publishing Co., St. Paul, MN, 1990.
- MIMMS, M. L.(Jr.): *"Reversion and Derivative works under the Copyright Acts of 1909 and 1976"*, in *Copyright Law Symposium*, no. 28, sponsored by The American Society of Composers Authors and Publishers, (ASCAP), Ed. Columbia University Press, New York, NY, 1982.
- MIQUEL GONZALEZ, J. M.: *"Comentario a los artículos 392 a 395"* en *"Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales"*, dirigidos por M. Albaladejo, tomo V, vol. II, Ed. Edersa, Madrid, 1985.
- *"Comentario al artículo 7.º"* en *"Comentarios a la LPI"*, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

- MISERACH I SALA, P.: *"La propiedad intelectual"*, Ed. Fausí, Barcelona, 1987.
- MISERACH RIGALT, A.: *"El copyright americano comparado con el derecho de autor en Inglaterra y España"* Ed. Bosch, Barcelona, 1946.
- MONNET, P.: *"Nouveau memento de propriété littéraire pour la France et l'étranger"*, 2^{ème} edition, Ed. Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1954.
- MORENO CATENA, V.: *"Comentario a los artículos 127 y 128"* en *"Comentarios a la LPI"* coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- MOUCHET, C. & RADAELLI, S.: *"El «derecho al inédito» de los autores de las obras literarias y artísticas"*, ADC, 1955.
- _ *"Los derechos del escritor y del artista"*, Ed Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1958.
- MOULIN, R.: *"Les architectes"*, Ed. Calmann-Lévy, Paris, 1973,
- MYERS, G.: *"La protection du droit d'auteur dans la jurisprudence française. Traduction-reproduction-adaptation"*, Ed. Sirey, Paris, 1933.
- NEVINS, F. M.: *"The Doctrine of Copyright Ambush: Limitations on the Free Use of Public Domain Works"*, Saint Louis University Law Journal, no. 25 (1981).
- NIMMER, M. B.: *"Nimmer on Copyright. A Treatise of the Law of Literary, Musical and Artistic Property, and the Protection of Ideas"*, Ed. Matthew Bender, New York, N.Y., 1986.
- OLAGNIER, P.: *"Le droit des artistes, interprètes & exécutants"*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1937.
- _ *"Le Droit d'Auteur"*, vol. I, Ed. Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1934.
- OLIVARES ABAD, J. M.: *"De una primera solución práctica y formal: discordancias entre derechos dominicales sobre inmuebles y derecho moral en la propiedad intelectual de decoradores, jardineros y arquitectos"*, RDP, mayo 1989.
- OLIVEIRA ASCENSAÔ, J.: *"Derecho de autor, obra colectiva y publicaciones periódicas"*, Conferencia pronunciada el día 24 de marzo de 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- OLLERO TASSARA, A.: *"Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate"*, PJ, núm. 11, septiembre 1988.
- OMAN, R.: *"The Copyrightability of Colorized Motion Pictures Under the U.S. Copyright Law"*, Copyright, december 1987.
- OMPI: *"Glosario de Derecho de Autor y Derechos conexos"*, Ginebra, 1980.
- OPPENHEIMER: *"Originality in Arts Reproductions: Variations in Search of a Theme"*, 26 Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A., no. 17, (1978-79).
- OPPO, G.: *"Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica"*, RDC, 1969.

- OROZCO PARDO, G.: "Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992", AC, núm. 12, 22-28 marzo 1992.
- OSSORIO MORALES, J.: "Las servidumbres personales", Ed. revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- OTÉRO LASTRES, J. M.: "La protección constitucional del derecho de autor: análisis del art. 20.1.b) de la Constitución española de 1978", RJE La Ley, núm. 1.442, 1986-2.
- PABLO CONTRERAS, P. de: "Comentario al artículo 42" en "Comentarios a la LPI", coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- PARES MAICAS, M.: "Notas al Derecho español a la obra de Gerard: Los autores de la obra cinematográfica y sus derechos", Ed. Ariel, Barcelona, 1958.
- PENICK, P. H.: "Ownership of Copyright" in "Modern Copyright Fundamentals", dirigidos por Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington DC, 1989.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, M.: "Comentario a los artículos 428 y 429" en "Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales", dirigidos por M. Albaladejo, tomo V, vol. 2.º, Ed. Edersa, Madrid, 1985.
- "Derechos Reales. Derecho Hipotecario", 2.ª edición, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986.
- PEREZ CUESTA, E.: "Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor", RDP, abril 1981.
- PEREZ DE CASTRO, N.: "El derecho de propiedad sobre las obras de arte y el derecho al respeto de la obra", AC, 1987.
- "A propósito del coloreado de películas", AC, octubre 1990.
- "Comentario al artículo 41" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- "Comentarios a los artículos 86-93" en "Comentarios a la LPI", coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- "El derecho de propiedad sobre obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra", AC, enero 1987.
- "La propuesta de Directiva relativa a la armonización del período de protección del derecho de autor y determinados derechos afines", en "La armonización comunitaria de los derechos de propiedad intelectual en la Comunidad Europea", Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1993, págs. 85 y ss.
- PEREZ DE ONTIVEROS, C.: "Derecho de autor: la facultad de divulgación", Ed. Cívitas, Madrid, 1993.
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: "Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual" en "Homenaje a: Profesor Juan Roca Juan", Ed. Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones, Murcia, 1989.

- PEREZ SERRANO, N.: *"El derecho moral de los autores"*, A.D.C., 1942.
- PIATTI, M.-Ch. & GAUBIAC, Y.: *"La création artistique assistée par ordinateurs. Problèmes de droit d'auteur"*, RIDA, núm. 118, 1983.
- PIOLA-CASELLI, E., ARIENZO, A. & BIBLE, F.: *"Diritto di autore"* (voz), en *"Novissimo Digesto italiano"*, Ed. UTET, Torino, 1968.
- PIOLA-CASELLI, E.: *"Código del diritto di autore (Commentario della L. 22 aprile 1941, n. 663)"*, Ed. UTET, Torino, 1943.
- _ *"Trattato del Diritto di autore"*, Ed. UTET, Napoli-Torino, 1927.
- PLAISANT, R.: *"Le droit de l'auteur a l'intégrité de son oeuvre"*, RIDA, núm. 42, 1964.
- _ *"Les conventions relatives au droit moral d'auteur"* en *"Hommage a Henri Desbois"*, Ed. Dalloz, Paris, 1974.
- _ *"The Employee-Author and Literacy and Artistic Property"*, Copyright, oct. 1977.
- PONTES NETO, H.: *"Le droit d'auteur et l'architecte"*, DdA, juillet-août 1983.
- POUILLET, E.: *"Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation"*, 3.^{ème} édition, Ed. Marchal, Billard et Ce., Paris, 1979.
- PUENTE GARCIA, E. de la: *"La elaboración de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Apuntes para su historia"*, República de las Letras, n.º 20, 1988.
- _ *"Tendencias en la legislación española sobre propiedad intelectual. Sus perspectivas"* en *"I Congreso iberoamericano de Propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, tomo I, Ed. Ministerio de Cultura. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.
- PUIG BRUTAU, J.: *"Fundamentos de Derecho civil"*, tomo III, vol. 2.º, 3.ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.
- RAMS ALBESA, J.: *"Bienes privativos personalísimos. (Análisis del art. 1.346, 5.º y 6.º del Código civil)"*, Ed Centro Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1987.
- _ *"Curso de propiedad intelectual"*, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, noviembre 1988.
- _ *"La sociedad de gananciales"*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *"Diccionario de la Lengua Española"*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992.
- RECHT, P.: *"Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété"*, Le Droit d'auteur, mayo 1969.
- _ *"Le Droit d'Auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie"*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969.
- REHBINDER, M.: *"La posición del «ghostwriter» en el derecho de autor"*, Ponencia de la

Universidad de Zurich, en las "Jornadas Hispano-suizas de Derecho de autor",
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

REMIRO BROTONS, A.: "Comentario al artículo 10" en "Comentarios al Código civil y a las
Compilaciones Forales", tomo I, Ed. Edersa, Madrid, 1978.

RESCIGNO, P.: "Per un studio sulla proprietà", RDC, 1972.

RISTICH de GROOTE, M.: "Les personnages des oeuvres de l'esprit. Approche du droit
français", RIDA, núm. 130 (1986).

RIVERO HERNANDEZ, F.: "Comentarios a los artículos 4.º y 21" en "Comentarios a la LPI"
coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

RODRIGUEZ ARIAS, L.: "Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales", RDP, 1949.

RODRIGUEZ GARCIA, C. J.: "Una nueva sistematización jurídica de las Propiedades
Especiales", Ed. Dykinson, Madrid, 1990.

RODRIGUEZ TAPIA, J. M.: "Comentarios a los artículos 8.º, 9.º y 51" en "Comentarios a la
LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

— "La cesión en exclusiva de los derechos de autor", Ed Centro de Estudios Ramón Areces,
Madrid, 1992.

— "Siete derechos en busca de un Autor. La nueva Ley de Propiedad intelectual de 11 de
noviembre de 1987 (B.O.E., 17 noviembre)", ADC, 1988.

ROGEL VIDE, C.: "Autores, coautores y propiedad intelectual", Ed. Tecnos, Madrid, 1984.

— "Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual", en "Centenario del Código
civil", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

— "From Copyright Limitations to Copyright Infringement in Spain", Copyright, january 1989.

— "La compraventa de cosa futura", Ed. Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia, 1975.

— "Notas sobre el derecho de cita de las obras literarias o artísticas" RJE La Ley, 1984 IV.

ROGER-FERDINAND: "L'affaire «Carmen Jones»", RIDA, núm. VIII, 1958.

ROMANO, M. S.: "Opere collettive e tutela cautelare del diritto d'autore", Giurisprudenza
Italiana, 1992, n. 2, I.

ROME, W. A.: "Scholarly Writings in the University Setting: Changes in the Works and on the
Books" in "Copyright Law Symposium", no. 35, Sponsored by The American Society
of Composers and Publishers (ASCAP), Ed. Columbia University Press, New York,
NY, 1989.

ROUSSEL, G.: "The Copyright of Salaried and Employed Authors.- A Comparative Study of
National Laws", Copyright, July-August 1990.

RUBINSTEIN, S.: "La protezione delle «idee elaborate»", IDA, 1953.

SANCHEZ ROMAN, F.: "Estudios de Derecho Civil", tomo III, Ed. Sucesores de Rivadeneyra,

- 2.^a edición, Madrid, 1900.
- SANCTIS, L. de: *"Brevi osservazioni in tema di opera dell'ingegno creata su commissione"*, IDA, 1987.
- SANCTIS, V. de: *"Relazione al Convegno sui problemi giuridici delle opere creata su commissione"*, IDA, 1967.
- *"Ancora in tema di diritti sull'opera collettiva"*, IDA, III, 1963.
- SANTILLI, M.: *"Il diritto d'autore nella società dell'informazione"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1988.
- *"Il Diritto d'autore nella società dell'informazione"*, Ed. Giuffrè, Milano, 1988.
- SAPORTA, M.: *"Quelques notes sur la création des «personnages»"*, RIDA, núm. 11 (1956).
- SATANOWSKY, I.: *"Derechos intelectuales"*, vol. I, Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- SAVATIER, R.: *"Le droit de l'art et des lettres"*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953.
- SEGRE, M.: *"Kniaz Igor"* en *"La Opera. Enciclopedia del Arte Lírico"*, coordinada por R. Mezzanotte, tr. Juan Novella Domingo, Ed. Aguilar, Madrid, 1981.
- SERRANO ALONSO, E.: *"Sugerencias para una reforma del derecho de autor"*, AC, núm. 2 enero 1986.
- SHUSTER VERGARA, S.: *"Aspectos prácticos en el tratamiento de las obras derivadas"*, en *"I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000"*, Ed. Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, tomo I.
- SIMONART, V.: *"Le coloriage des films.- Droit américain et Droit continental"* dans *"Les journées du Droit d'Auteur"*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1989.
- SKONE JAMES, R. y otros: *"Copinger and Skone James on Copyright: Including International Copyright with the Statutes, Orders Conventions and Agreements thereto Relating and Precedents and Court Forms also related Forms of Protection"*, 13th edition, Ed. Sweet & Maxwell, London, 1991.
- SMITH, G. V. & PARR, R. L.: *"Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets"*, Ed. Wiley, New York, NY, 1989.
- SQUIRES, J.: *"Copyright and Compilations in the Computer Era: Old Wine in New Bottles"*, in *"Technology and Copyright: Sources and Materials"*, Ed. Lomond Books, Mt. Airy, Maryland, 1979.
- STEELE, K. D.: *"The Ownership of Contribution to Collective Works under the New Copyright Law"* in *"Modern Copyright Fundamentals"* dirigidos por Ben H. Weil & Barbara Friedman Polansky, Ed. Learned Information Inc. of the American Society for Information Science, Washington DC, 1989.
- STOLFI, N.: *"Il diritto di autore"*, 2.^a edizione, tomo I, Ed. UTET, Milano, 1932.
- STOLL, E.: *"Derivative Copyright and the 1909 Act- New Clarity or Confusion?"*, Brooklyn Law Review, no. 44 (2), 1978.

- STORCH DE GRACIA, J. G.: "Derecho a la producción y creación intelectual, derecho y derecho de propiedad sobre la obra concreta. Reflexiones para una construcción jurídica de estos derechos", RJE La Ley, núm. 1.461, 1986.
- THIEBAULD, E.: "Les oeuvres d'art et la communauté conjugale", RIDA, núm. VII, 1955.
- THORNE, C. D. & WILLIAMS, A. P.: "Intellectual Property- The New Law. A Guide to the Copyright, Designs and Patents Act 1988", Ed. Butterworths, London, 1989.
- TORRES GARCIA, T.: "Comentarios a los artículos 59, 61 y 62" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- TORRES LANA, J. A.: "Comentarios a los artículos 45, 47 y 52" en "Comentarios a la LPI" coordinados por Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- TOURNIER, A.: "L'article 17 (3) de la loi du 11 mars 1957", RIDA, núm. 44 (1965).
- ULMER, E.: "Le droit de suite et sa réglementation dans la convention de Berne" dans "Hommage à Henri Desbois. Etudes de propriété intellectuelle", Ed. Dalloz, Paris, 1974.
- "Problems Arising from the Use of Electronic Computer and Related Facilities for Storage and Retrieval of Copyright Works", Copyright, 1979.
- URIA, R.: "Derecho Mercantil", 20.ª edición, Ed. Imprenta Aguirre, Madrid, 1993.
- VALERIO, E. & ALGARDI, Z.: "Il diritto d'autore. Commento teorico-pratico alla nuova legge italiana 22 aprile 1941", Ed. Giuffrè, Milano, 1943.
- VALLES RODRIGUEZ, M.: "Comentarios a los artículos 3.º y 24" en "Comentarios a la LPI" coordinados por R. Bercovitz, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.
- VARRONE, C.: "Manuale di diritto d'autore", quinta edizione, Ed. Editoriale Scientifica, Napoli, 1987.
- VEGA VEGA, J. A.: "Derecho de autor", Ed. Tecnos, Madrid, 1990.
- VILBOIS, J.: "Une controverse sur les droits cinématographiques de l'opéra "La Tosca"", RIDA, n.º 2, 1956.
- VIVANT, M.: "Etendue de la protection par le droit d'auteur: les données protégées - le traitement des données" ou "Banques de données et droit d'auteur", Ed. Librairies Techniques, Paris, 1987.
- WEINSTEIN, D. A.: "How to Protect your Creative Work: All You Need to Know About Copyright", Ed. John Wiley & Sons, New York, N.Y., 1987.
- WINCOR, R.: "Right Contracts in Communicating Media", Ed. Law & Business Inc., New York, N.Y., 1982.